This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 17 1926

Digitized by Google

1:6.25

GERMANY

Digitized by Google

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und Dr. Julius Binder,
Professoren der Rechte an der Universität Rostock.

1. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1902.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die

Lehre von der Stellvertretung

insbesondere bei

obligatorischen Verträgen.

Von

Dr. Siegmund Schloßmann,
Professor der Rechte in Kiel.

Erster Teil:

Kritik der herrschenden Lehren.

Preis: 6 M. 50 Pf.

Der Kauf

nach gemeinem Recht.

Von

Dr. August Bechmann.

I. Geschichte des Kaufs im Römischen Recht. 12 M.

II. System des Kaufs nach gemeinem Recht. I. Abt. 10 M.

Quellenkunde

des

Römischen Rechts.

Zur Einleitung

in das

Studium der Institutionen und der Römischen Rechtsgeschichte.

Von

Dr. Theodor Kipp,
Professor der Rechte in Berlin.

Preis: 2 M.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und Dr. Julius Binder,
Professoren der Rechte an der Universität Rostock.

---

1. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1902.

HARV-DEP
Digitized by Google
910

For TX
B527

Alle Rechte vorbehalten.

AUG 17 '26

BK 2004

Digitized by Google

F. 245

Inhalt.

	Seite
I. Bernhöft, Das B.G.B. als Grundlage des künftigen Rechts . . .	1
II. Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre	15
III. Binder, Rückwirkung der Aufrechnung	23
IV. Binder, Übersicht über die Zeitschriften des Jahrgangs 1900 . . .	30
V. Bunsen, Die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Jahre 1900	64
VI. Sprechsaal	81

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Das B.G.B. als Grundlage des künftigen Rechts.

Von

Professor Dr. Fr. Bernhöft.

Ein Jahrzehnt mühevoller Arbeit steht dem deutschen Juristenstande bevor. Der Einführung eines jeden neuen Gesetzbuches folgt eine Zeit der Zweifel, der Unbequemlichkeit, der Rechtsunsicherheit; denn wie sorgfältig es auch vorbereitet sein mag, so wird es den Bearbeitern doch nicht möglich sein, überall den richtigen eindeutigen Ausdruck zu finden, die Wirkungen der aufgestellten Rechtssätze abzuwägen und die künftigen Erscheinungen des Rechtslebens, die das Gesetz zu regeln bestimmt ist, vorauszusehen. Da gilt es denn, den Sinn zweifelhafter Worte zu finden, scharf einschneidende Bestimmungen, wo sie gegen den wohlverstandenen Willen des Gesetzgebers berechtigte Interessen verletzen, durch benigna interpretatio zu mildern, unbestimmten Verweisungen auf das Ermessen des Richters eine schärfere Ausprägung zu geben. In Wahrheit bildet sich das neue Recht erst in der Anwendung, und das Gesetzbuch bietet nur die Grundlage dafür.

Von der Art, wie jene Arbeit geschieht, wird es abhängen, ob das neue Recht eine echt volkstümliche Gestaltung erhält. Eins haben wir vor allem zu fürchten, wir Deutsche mehr als andere Nationen: den Rückfall in jene theoretisierende haarspaltende Richtung, die der verstorbene Rechtsgelehrte v. Ihering in seinem „Scherz und Ernst“ vor Jahren als „Begriffsjurisprudenz“ mit köstlichem Humor verspottete. Das Buch hat, was die Anerkennung anbelangt, einen durchschlagenden Erfolg gehabt, und viele von den Verkehrtheiten, gegen die es sich richtete, sind heute wirklich abgethan,

Digitized by Google

aber dem Banne der „Begriffsjurisprudenz“ sind wir deshalb noch keineswegs völlig entronnen.

In der That hat Ihering das Übel scharf und richtig gekennzeichnet, aber nicht die Heilmittel mit gleicher Bestimmtheit angegeben. Es war nicht glücklich, daß er bei seiner Kritik Theorie und Praxis in einen Gegensatz brachte, wie er in der Natur der Dinge nicht begründet ist und auch in Wirklichkeit nicht besteht. Die Methode ist bei beiden die gleiche, und der Unterschied liegt lediglich darin, daß die Praxis die wissenschaftliche Thätigkeit in unmittelbarem Anschluß an konkrete zur Entscheidung stehende Rechtsfälle übt, während die Theorie die Rechtsregeln in ihrem Zusammenhange zum Ausgangspunkte nimmt. Dabei kann in einem Erkenntnisse eine intensivere theoretische Arbeit stecken als in einer Abhandlung, und ein Schriftsteller kann möglicherweise den thatsächlichen Verhältnissen ebenso gut, selbst besser gerecht werden als ein Richter. Dem Ideale entspricht die untrennbare Verbindung von beiden: Theorie ohne Praxis wird zur unfruchtbaren Gedankenspielerei, Praxis ohne Theorie würdigt die freie Wissenschaft zum Handwerk herab.

Wahr bleibt der Grundgedanke Iherings, daß die Jurisprudenz eine durchaus praktische Wissenschaft ist und nur im Anschluß an das wirkliche Leben ihre Aufgaben erfüllen kann. Aber nicht alle praktischen Juristen stehen dem Leben gleich nahe. Dem Rechtsanwalt und meist auch dem Amtsrichter tritt der Rechtsfall noch in seiner ursprünglichen Gestalt entgegen; schon der Landrichter lernt ihn nach einer Bearbeitung kennen, bei der die juristisch relevanten Momente aus ihrem thatsächlichen Zusammenhange in der Art gelöst worden sind, daß dieser im Hintergrunde bleibt oder ganz unterdrückt wird. An die höheren Gerichte gelangt er dann erst nach einem weiteren Destillationsverfahren; räumliche Entfernung des Richters, häufig auch seine Unkenntnis der obwaltenden wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Verhältnisse kommen hinzu, um eine rein abstrakte Auffassung zu begünstigen, und so liegt es in den Umständen selbst begründet, wenn über der formalen Anwendung der Rechtsregel die Frage, welche Folgen diese Anwendung haben wird, und ob der Gesetzgeber solche Folgen beabsichtigt haben kann, häufig gar nicht aufgeworfen wird. So nistet sich denn, ohne daß man den einzelnen Juristen auch nur den mindesten Vorwurf machen dürfte, gerade im Mittelpunkte der praktischen Rechtsanwendung die von Ihering stigmatisierte Begriffsjurisprudenz ein.

Digitized by Google

Es sei erlaubt, ein strafrechtliches Beispiel als besonders bezeichnend anzuführen, obgleich auch auf zivilistischem Gebiete an ähnlichen Beispielen nicht gerade Mangel ist.

Bei Idealkonkurrenz soll das schwerere Strafgesetz Anwendung finden, d. h. wie gewöhnlich angenommen wird, dasjenige Gesetz, welches die höhere Maximalstrafe androht. Nun kann es aber vorkommen, daß dasselbe Gesetz eine geringere Minimalstrafe hat, und die herrschende, vom Reichsgericht gebilligte Meinung geht dahin, daß auch dann lediglich das „schwerere Gesetz" entscheide, und zwar so ausschließlich, daß auf die mindere Strafe erkannt werden kann, auch wenn sie unter die Minimalstrafe des anderen Vergehens heruntergeht. So ist es vorgekommen, daß zwei Personen, die schweren Hausfriedensbruch begangen hatten und für diesen mindestens zu acht Tagen Gefängnis zu verurteilen gewesen wären, doch mit einer geringeren Strafe davonkamen, weil sie den Verletzten gleichzeitig durchgeprügelt hatten. Denn es kam nun der Paragraph über Mißhandlung zur Anwendung, der die höhere Maximalstrafe (3 Jahre Gefängnis), aber auch die geringere Minimalstrafe (Gefängnis von einem Tage oder Geldstrafe) hat. Bei fahrlässiger Gefährdung eines Eisenbahnzuges ist die gelindeste Strafe ein Tag, und es wird erzählt, daß ein findiger Verteidiger, dessen Klient übrigens durch eine ziemlich leichte Verschuldung einen Eisenbahnzug zum Entgleisen gebracht hatte, ohne daß ein sonderlicher Schade entstanden war, sorgfältige Nachforschungen anstellte, ob nicht irgend jemand eine Verletzung erlitten hatte. Glücklicherweise fand sich jemand, dem ein Finger geklemmt worden war, und diesem Umstande verdankte es sein Klient, daß er nur zu einer geringen Geldstrafe verurteilt wurde, weil jetzt wieder der Paragraph über Körperverletzung zur Anwendung kam. Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Erzählung wahr ist, möglich ist sie jedenfalls.

Wir haben hier ein so schönes Beispiel von Begriffsjurisprudenz, wie es sich selbst in der auserlesenen Sammlung, die uns Ihering vorführt, nicht findet. Gewiß rechtfertigt die Auslegung des Gesetzes nach dem Wortsinne solche Entscheidungen, aber ebenso gewiß ist, daß sie dem wahren Willen des Gesetzgebers, der doch als vernünftiger Mensch gedacht werden muß, nicht entsprechen kann. Es ist undenkbar, daß ein Vergehen deshalb mit einer minderen Strafe belegt werden darf, weil ein anderes, schwereres damit konkurriert. Solche Gedankengänge sind dem Laien absolut unverständlich und können nur dazu dienen, das

Digitized by Google

Ansehen der Rechtspflege in der öffentlichen Meinung herabzusetzen.

Bei Entscheidung eines konkreten Falles springt das Unlogische des Satzes, daß die Feststellung eines weiteren noch strafbareren Vergehens die Möglichkeit einer milderen Bestrafung geben soll, sofort in die Augen. Bei rein theoretischer Behandlung tritt es dagegen sehr zurück, denn jene Möglichkeit erscheint nur als eine übrigens wenig bedeutsame Folge der gesetzlichen Vorschrift, daß ausschließlich die Strafandrohung für das schwerere Vergehen maßgebend sein soll. Und wenn nun einmal ein erstinstanzlicher Richter bei einem besonders leichten Falle mit Berufung auf die Theorie die Strafe bis unter das Strafmaß des konkurrierenden Vergehens ermäßigt hat, so kann der zweite Richter bei einer Nachprüfung der Gesetzlichkeit des Urteils nach mehr abstrakten Gesichtspunkten noch leichter das Bedenkliche übersehen als der erste, zumal da er den Wortsinn des Gesetzes für sich hat. Ist dann der Satz erst von dem höchsten Gericht gebilligt, so wird er bei der übermäßigen Autorität der Präjudizien ohne sonderliches Zögern angenommen und in der Folge angewendet. Es zeigt sich deutlich, zu welchen Fehlgriffen es führen kann, wenn die Fortentwicklung des Rechtes zu sehr von rein theoretischen Gesichtspunkten aus erfolgt.

Auch das B.G.B. hat Bestimmungen genug, bei denen die Gefahr vorliegt, daß ihnen durch eine doktrinäre Auffassung ein unleidlicher Sinn untergelegt wird.

So der in das tägliche Leben und in die verschiedensten gewerblichen Verhältnisse tief eingreifende § 833 über die Haftpflicht für Tiere, der allerdings auf eine Weise zustande gekommen ist, wie ein Gesetz es nicht sollte. Aus der Mitte des Reichstages wurde er angeregt, im Leben des Parteikampfes diskutiert, bei den Abstimmungen bald angenommen, bald abgelehnt, bis endlich die letzte Abstimmung infolge einer eigentümlichen politischen Konstellation für ihn entschied. Es liegt ein Zufallsgesetz vor, mit dem wir uns aber, da es einmal gilt, abzufinden haben.

Schon bei der Frage nach der Person des Haftpflichtigen ergeben sich ernste Zweifel. Das Gesetzbuch bezeichnet den als verhaftet, der „das Tier hält". Die Fassung zeigt unzweideutig, daß nicht der Besitz oder Eigentum im juristischen Sinne unbedingt entscheidet, ebenso wenig aber kann es darauf ankommen, wer unter den obwaltenden Verhältnissen die Gewalt über das Tier ausübt, weil nach anderweitiger Bestimmung des Gesetzbuches derjenige, der

Digitized by Google

vertragsmäßig die Aufsicht über das Tier übernimmt, nicht unbedingt, sondern nur vorbehaltlich des Beweises der Schuldlosigkeit haftet. Wer ein Pferd verleiht, ob auf längere oder kürzere Zeit, wer einen Hund zur Dressur, einen Vogel in Pflege gibt, ob entgeltlich oder unentgeltlich, wer Schweine zum Mästen bei einem Bauern einstellt, bleibt der „Tierhalter". Auch hier ist aber vor einer rein doktrinären Begriffsabgrenzung zu warnen. Denn wenn der Verpächter eines Landgutes das Inventar mit verpachtet, so wird jedenfalls der Pächter „Tierhalter", und ebenso wird man, wenn ein Tier einem Nießbrauchsrecht unterliegt, den, der das Nießbrauchsrecht thatsächlich ausübt, dafür erklären müssen. Es kommt darauf an, wessen Wille die Ursache ist, daß das Tier unter menschlicher Herrschaft existiert. Das Interesse ist an sich nicht entscheidend, denn man kann auch in fremdem Interesse Tiere halten. Bei verkauften Tieren wird regelmäßig die Übergabe den Zeitpunkt bezeichnen, an dem die Person des Tierhalters wechselt. Läßt jemand das gekaufte Tier — etwa zum Füttern, zum Mästen — bei dem Verkäufer, so ist je nach der Absicht der Beteiligten etwas Verschiedenes anzunehmen. Sehen sie die Übergabe als erfolgt an, so übt der Verkäufer die Gewalt über das Tier lediglich noch für den Käufer aus, soll die Übergabe erst später erfolgen, so bleibt er bis dahin noch „Tierhalter".

Es liegt eine deliktsähnliche Verpflichtung vor: derjenige, der die Existenz eines Tieres will, soll auch den dadurch verursachten Schaden tragen. Auf einem eigentlichen Delikt beruht die Verpflichtung nicht, sie setzt keinerlei Schuld voraus und muß bei Personen, die wegen Jugend oder Geisteskrankheit unverantwortlich sind, in vollem Umfange eintreten. Auch der Mangel der Geschäftsfähigkeit hindert das nicht. Denn das Halten der Tiere ist auch kein Rechtsgeschäft und setzt daher keine Geschäftsfähigkeit voraus. Freilich ergibt sich daraus das seltsame Resultat, daß unverantwortliche Personen für ihre eigenen Handlungen nur mit allen Milderungen der §§ 829 ff., für die von ihren Tieren verursachten Schädigungen dagegen unbedingt haften. Ferner werden sie aber auch für die Tiere haften, die ihre gesetzlichen Vertreter für sie halten, denn das Halten von Tieren ist eine Verwaltungshandlung, zu der die gesetzlichen Vertreter für sie befugt sind.

Viel schwieriger ist die Frage, in welchem ursächlichen Zusammenhang die Beschädigungen stehen müssen, um eine Haftung zu begründen. Die bisherige von den Römern überkommene Theorie

Digitized by Google

läßt uns hier vollständig im Stich. Wenn bei Delikten der ursächliche Zusammenhang auf ein menschliches Verschulden zurückgehen mußte, so gab bei Schädigungen durch Tiere die Formel, daß das Tier „contra naturam sui generis“ geschädigt haben müsse, eine ähnliche Begriffsabgrenzung. Es wurde von dem unter menschlicher Herrschaft lebenden Tiere einer seiner Art entsprechende Durchschnittszähmung verlangt, und wenn es wegen des Mangels einer solchen einen Schaden anrichtete, so haftete der Herr dafür. So erklärt sich die beim ersten Blick seltsame, aber in Wirklichkeit durchaus sachgemäße Entscheidung, daß es, wenn von zwei Stieren im Kampfe einer den anderen tötet, darauf ankommt, welcher Stier den Kampf begonnen hat. Die Begrenzung, deren eigentliche Bedeutung allerdings oft nicht verstanden worden ist, ist allerdings im Bürgerlichen Gesetzbuch gefallen. Da nun irgend eine Verschuldung des Tieres nicht verlangt wird, juristisch nicht einmal denkbar ist, so liegt die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung dieser schon an sich recht harten Bestimmung gerade von seiten der Theorie nahe.

In der That besteht die Neigung, die Ersatzpflicht überall da eintreten zu lassen, wo das Tier die äußere Ursache eines Schadens gewesen ist, gleichviel wie es sich im übrigen mit dem Kausalnexus verhält. Vom theoretischen Gesichtspunkte aus treten wieder die Bedenken dagegen wenig hervor, und es kann sogar als ein Vorteil erscheinen, mit einem möglichst einfachen und möglichst allgemeinen Begriffe zu arbeiten. Bei der praktischen Anwendung stellen sich aber große Härten heraus. Schon jetzt, nachdem die Bestimmung kaum eingeführt ist, herrschen im Publikum beängstigende Vorstellungen über ihre Tragweite, die durch rührige Versicherungsagenten sorgfältig genährt und benutzt werden. Ob sie wirklich übertrieben sind, wird die Erfahrung lehren.

Es ist der Fall vorgekommen, daß ein zur Schmiede geführtes junges Pferd, von einem Hunde angekläfft, scheute und sich überschlug, und daß ein in der Nähe arbeitender Mann, der für seine Person in keiner Weise gefährdet war, vor Schreck darüber aufsprang und ein Bein brach. Der Besitzer des Pferdes wurde in Anspruch genommen, und schließlich hat die Gesellschaft, bei der er gegen Haftpflicht versichert war, nachdem sie das Gutachten eines namhaften Juristen eingezogen hatte, auf Grund desselben bezahlt. Geht man auf diesem Wege weiter, so ist kaum noch eine Grenze zu finden. Es ist nicht abzusehen, weshalb man den Besitzer nicht auch dann haftbar machen könnte, wenn ein nervöser Mensch gänz-

Digitized by Google

lich unmotiviert über dem Anblick eines Tieres erschrickt und stürzt oder in Krämpfe verfällt.

Jene Auffassung beruht aber auf einer sehr weit gehenden ausdehnenden Ausdehnung. Das Gesetzbuch sagt:

> Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt . . .

und es würde dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht entsprechen, wenn man in dem angeführten Falle sagen wollte, der Körper des Arbeiters sei durch das Pferd verletzt worden; richtig ist lediglich, daß das Pferd die Ursache der Verletzung gewesen ist. Will man nun ausdehnend auslegen, so kann dies nur durch den gesetzgeberischen Grund der Bestimmung gerechtfertigt werden. Übrigens würden andere Mittel, den „Willen des Gesetzgebers" zu erforschen, gerade in diesem Falle versagen, denn die Denkschrift enthält darüber nichts, weil der Kommissionsentwurf den § 833 in seiner jetzigen Fassung nicht hatte, ebensowenig wie auch die Bundesratsvorlage. Was sich die einzelnen Abgeordneten, die für die jetzige Vorlage stimmten, dabei gedacht haben, kann gewiß nicht ausschlaggebend sein, denn als der Bundesrat dem Gesetzbuch im ganzen seine Sanktion erteilte, hat er sich derartige persönliche Erwägungen keineswegs angeeignet.

Auch zeigt uns das Gesetzbuch selbst den richtigen Weg, wenn es gerade für Tiere eine Sonderbestimmung gibt, und für Beschädigung durch andere Sachen mildere Regeln gelten läßt. Es muß einen inneren Grund haben, weshalb der Besitzer eines führerlos gewordenen Automobils weniger streng haftet als der Besitzer durchgehender Pferde. Und dieser Grund liegt darin, daß das Tier ohne jede Verschuldung eines Menschen Personen und Sachen deshalb leichter gefährden kann, weil es willkürlicher Handlungen fähig ist. Die hierdurch entstehende größere Gefahr soll dem „Tierhalter" aufgebürdet werden. Damit ist dann die Begrenzung der Haftung auf willkürliche Handlungen des Tieres gegeben, und diese entspricht auch dem üblichen Sprachgebrauche viel besser als jene ausdehnende Auslegung. Das praktische Leben bewährt sich als zuverlässiger Leiter der Theorie auch in diesem Falle.

Freilich ist bei solcher Begriffsbegrenzung ein eigentümlicher doktrinärer Einwand zu fürchten. Nach der von den Römern selbst aufgestellten Ansicht kann ein Tier überhaupt keinen Willen haben, und vom orthodoxen juristischen Standpunkte erscheint es daher als grobe Unwissenheit, wenn man bei Tieren von einem Willen redet.

Digitized by Google

Daran ist richtig, daß das Tier allerdings keinen rechtsgeschäftlichen Willen und keinen Deliktswillen haben kann, weil hierzu Rechtsbegriffe nötig sind, die ihm naturgemäß fehlen. Dagegen kann kein Recht die Thatsache wegschaffen, daß das Tier zu willkürlicher Thätigkeit fähig ist und sich gerade hierin sehr wesentlich von anderen Sachen unterscheidet. Wenn nun ein Recht an die Thätigkeit des Tieres Rechtsfolgen knüpft, so bleibt nichts übrig, als einen Willen insoweit anzuerkennen, wenn dieser auch selbstverständlich nicht dem verantwortlichen menschlichen Willen gleichgestellt werden kann.[1])

Ist so die ausdehnende Auslegung des § 833 abzulehnen, so kann mit viel größerem Rechte die Frage aufgeworfen werden, ob nicht viel mehr eine einschränkende Auslegung geboten ist. Wenn man in dem oben erwähnten Fall annimmt, daß die kämpfenden Stiere sich gegenseitig töten, und dann nach dem Wortsinn des B.G.B. entscheiden will, so kommt man zu einem wunderlichen Ergebnis. Jeder Herr hätte nämlich, ohne daß es auf die Veranlassung des Kampfes irgendwie ankäme, den Wert des fremden Stieres zu ersetzen, denn es ist unzweifelhaft, daß dieser durch seinen Stier getötet worden ist. Er selbst hätte nach § 228 den fremden Stier töten können, um die Gefahr von seinem eigenen Stiere abzuwenden, und wäre dann nicht zum Ersatz verpflichtet gewesen, auch jeder andere Mensch hätte es für ihn thun dürfen, aber wenn der Stier sich selbst verteidigt, so muß der Herr für den dadurch entstandenen Schaden zahlen. Dies kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, und wir sind nicht berechtigt, nach dem Satze „fiat justitia pereat mundus“ ein Gesetz in seinem Wortsinne zur Anwendung zu bringen, gleichviel, wie unsinnig die Folgen sein mögen.

Wollen wir jener unglücklichen Konsequenz entgehen, so werden wir zu demselben Gedanken gedrängt, den die Römer mit den Worten

---

[1]) Das Gesetzbuch zwingt uns auch in einem anderen Falle, über den hergebrachten Willensbegriff hinauszugehen, nämlich bei Kindern und Geisteskranken. Nach § 829 haften auch diese für Vergehen der §§ 823—826. Insoweit nun zum Thatbestand eines Vergehens Vorsatz gefordert wird, ist es notwendig, auch bei Kindern und Wahnsinnigen von einem auf den rechtswidrigen Erfolg gerichteten Willen zu sprechen. Die Rechtsregel, daß sie keinen Willen im juristischen Sinne haben können, zessiert hier, und es kommt ausschließlich darauf an, ob ihre geistigen Fähigkeiten thatsächlich eine Willensthätigkeit möglich machen.

Digitized by Google

„contra naturam sui generis“ ausdrückten. Nach den Anschauungen des Lebens soll auch das unter menschlicher Herrschaft lebende Tier ein gewisses ordnungsmäßiges Verhalten beobachten, und hierfür hat der Herr zu sorgen. Bei einem Verstoße dagegen liegt zwar kein Vergehen vor, aber der Herr wird ersatzpflichtig. Wenn dagegen trotz ordnungsmäßigen Verhaltens des Tieres infolge besonderer anderweitiger Umstände ein Schaden eintritt, so ist das casus, für den die gewöhnlichen Regeln gelten.

Ob derartige mäßigende Grundsätze in der Rechtspflege durchdringen werden, ist noch keineswegs sicher. An sich würde es die Aufgabe der Versicherungsgesellschaften sein, hierfür den Kampf ums Recht aufzunehmen. Aber gerade sie haben zur Zeit gar kein besonderes Interesse an einer sachgemäßen Einschränkung der Bestimmung; es ist ihnen im Gegenteil vorteilhafter, wenn recht ungeheuerliche gerichtliche Entscheidungen ergehen, die dann durch Prospekte gebührend verbreitet, das erschreckte Publikum zum schleunigen Abschluß einer Versicherung bewegen. Wie sehr aber das Ansehen des Rechtes hierdurch leiden würde, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Die obwaltenden Verhältnisse bieten keine große Sicherheit gegen die Entwicklung sachlich unzutreffender Rechtsgrundsätze. Es ist ja zweifellos, daß der höhere Richter in der Übersicht über ein größeres Rechtsgebiet, in der Möglichkeit reiflicherer und gründlicherer Überlegung bedeutende Vorteile vor dem auf einen kleinen Kreis beschränkten, dabei oft mit Arbeit überlasteten Richter erster Instanz voraus hat. Aber anderseits sollte man auch nicht verkennen, daß dieser vermöge seiner Kenntnis der thatsächlichen Verhältnisse und seiner unmittelbaren Berührung mit dem Leben die praktische Wirkung der Rechtssätze deutlicher und schärfer beobachten kann als jener. Eine gedeihliche Rechtsentwicklung setzt ein verständnisvolles Zusammenarbeiten beider voraus.

Aber gerade dieses ist sehr erschwert. Über die Thätigkeit der unteren Gerichte und die Fragen, die an sie herantreten, wird ziemlich wenig veröffentlicht, und das Veröffentlichte wird noch weniger beachtet. Wenn dann eine Rechtsfrage zum erstenmal an den höchsten Richter herantritt, so findet er im besten Falle als Vorbereitung seiner Entscheidung wissenschaftliche Erörterungen vom rein theoretischen Standpunkte, aber fast niemals Mitteilungen über ähnliche Fälle, die bereits vorgekommen und entschieden worden sind, ohne in die höheren Instanzen zu gelangen. Er vermag

Digitized by Google

daher oft bei größter Aufmerksamkeit nicht die ganze Bedeutung der Frage für das gesellige und wirtschaftliche Leben zu übersehen, sondern ist ausschließlich auf dasjenige angewiesen, was in dem betreffenden Prozesse vorgebracht worden ist. Daß dies keineswegs immer vollständig ist und überhaupt sehr von Zufälligkeiten abhängt, liegt in der Natur der Sache. Die nunmehr ergehende Entscheidung aber erhält sofort eine allgemeine Bedeutung für das ganze Rechtsgebiet. Eine nachträgliche Korrektur bei späteren Fällen ist außerordentlich schwer möglich, weil die unteren Richter das Präjudiz sofort ihren Urteilen zu Grunde legen. Berufungen werden dagegen kaum noch gewagt, da sie aussichtslos sind, aber selbst wenn dies geschieht, so wird der höhere Richter, nachdem seine Grundsätze die allgemeine Zustimmung der unteren Gerichte gefunden haben, sich nur sehr selten zu einer Änderung entschließen, die übrigens noch durch besondere gesetzliche Vorschriften erschwert ist. Ein Zusammenarbeiten von oberen und unteren Gerichten findet also nur in sehr beschränktem Maße statt. Der obere Richter entscheidet in dem ersteren Falle, der an ihn kommt, lediglich auf Grund des in diesem einen Prozesse Vorgebrachten, und hört, nachdem er gesprochen hat, in der Folge in den Erkenntnissen der unteren Gerichte nur seine eigene Ansicht widerhallen.

Um dem Übelstande abzuhelfen, ist es notwendig, die Thätigkeit der unteren Gerichte ausgiebiger und sorgfältiger zu verfolgen. Bei den Fragen, die noch nicht an die oberen Gerichte gelangt sind, erhält man auf diese Weise eine wertvolle Vorbereitung für eine spätere Entscheidung, die diese in ähnlichen Fällen zu treffen haben, für die bereits vorhandenen Präjudizien wird eine Kontrolle möglich, die an Zuverlässigkeit und Wirksamkeit weit über der rein theoretischen Kritik steht.

Es handelt sich hierbei nicht nur um die Beseitigung falscher Rechtsgrundsätze, sondern in noch viel höherem Maße um die richtige Begrenzung der in den Präjudizien aufgestellten Regeln. Sehr häufig werden die in den Präjudizien aufgestellten Grundsätze bei der späteren Rechtssprechung als Rechtssätze behandelt, während sie doch in Wirklichkeit nur Rechtsregeln sind, und viele Fehlsprüche haben gerade hierin ihren Grund.[1]) Die regula juris ist kein

[1]) Die Römer haben beides scharf unterschieden l. 1 D. reg. jur. 50, 17. Vgl. über den Unterschied Bernhöft, Kauf, Miete und verw. Vertr. (Bekkers und Fischers Beiträge z. Erl. des Entw. d. B.G.B.) S. 5.

Digitized by Google

Befehl, sondern der Ausdruck eines Prinzipes. Die Formulierung kann mangelhaft sein, und ist es fast immer, weil kein Mensch im stande ist, alle möglichen Anwendungsfälle des Prinzipes vollständig zu übersehen. Die Mangelhaftigkeit pflegt dann bei einzelnen konkreten Fällen hervorzutreten, wo der Wortlaut der Regel zu einer Entscheidung führen würde, die dem wahren Prinzip widerspricht. Es ist dann ganz falsch, die Regel in ihrer bisherigen Fassung, so allgemein anerkannt diese auch sein mag, zur Anwendung zu bringen. Vielmehr ist hier die Fassung aus dem Prinzip heraus zu verbessern. Regula juris simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum, sagt der römische Jurist Paulus mit Recht.

Ein Beispiel mag die Gefahr zeigen, die mit der gegenwärtigen Gepflogenheit verbunden ist. Unter der Herrschaft des alten Rechtes war eine in Greifswald, also im Gebiete des gemeinen Rechts, wohnende Frau die nächste Erbin ihres in Halle, also im Gebiet des preußischen Landrechts, verstorbenen Sohnes geworden. Sie verhielt sich in Bezug auf die Erbschaft vollkommen unthätig und wurde nach Jahresfrist von den zahlreichen Gläubigern ihres Sohnes in Anspruch genommen. Nach gemeinem Recht schuldete sie natürlich nichts, da sie die Erbschaft nicht angetreten hatte. Nach preußischem Landrecht war sie dagegen durch Ablauf der Ausschlagungsfrist endgültig Erbin geworden, hatte dann die gesetzliche Frist, die für die Errichtung des Inventars lief, versäumt und haftete nunmehr unbeschränkt. Die Gerichte brachten die allgemein anerkannte Regel zur Anwendung, daß der Erwerb der Erbschaft und seine Wirkungen sich nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers richten, und die Frau wurde in allen Instanzen verurteilt.

Daß die Entscheidung unbillig ist, kann überhaupt nicht in Zweifel gezogen werden, denn es ist eine geradezu ungeheuerliche Zumutung, daß der Einzelne alle möglichen Rechte der Welt kennen soll, um sich vor Schaden zu hüten. Im vorliegenden Falle würde diese Ungeheuerlichkeit noch stärker hervorgetreten sein, wenn es sich um das Recht eines fremden Staates gehandelt hätte. Man setze z. B. den Fall, daß jemand in Deutschland zur Bezahlung der Schulden seines in Südamerika verstorbenen Verwandten gezwungen werden sollte, weil er irgend eine Formalität des dortigen Rechtes, von der er weder wußte noch wissen konnte, nicht erfüllt hat. Oder nehmen wir an, daß irgend ein exotisches Recht den Söhnen die Ausschlagung der Erbschaft des Vaters überhaupt versagte und sie für die Schulden unbeschränkt haftbar machte: könnte man den

Digitized by Google

in Deutschland lebenden Sohn eines ausgewanderten Mannes daraufhin verurteilen?

Ganz gewiß haben in dem oben erwähnten Falle die Gerichte die Unbilligkeit nicht verkannt, aber geglaubt nach dem Grundsatze handeln zu müssen: dura lex, sed lex. Der Fehler liegt nur darin, daß sie es überhaupt mit keiner lex zu thun hatten, sondern mit einer regula juris. Und zwar ist die Fassung der regula juris für den vorliegenden Fall falsch; es findet also die Vorschrift des Paulus Anwendung: simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Auch theoretisch läßt sich die Unrichtigkeit der Formulierung leicht darthun. Die Regel ist eine Anwendung des allgemeinen Prinzipes, daß ein Recht auf Rechtsverhältnisse Anwendung findet, wenn und insoweit sie unter seiner Herrschaft stehen. Das gilt nun allerdings für Erbschaften von Personen, die in dem Gebiete des Rechtes wohnen; der Erwerb und seine Folgen werden im allgemeinen dementsprechend zu beurteilen sein, aber eine Verhaftung auswärtiger Personen kann immer nur insoweit eintreten, als sie sich durch ihre Handlungen, etwa durch einen Erbschaftsantritt, dem Rechte unterworfen haben. Die Notwendigkeit solcher Einschränkung drängt sich allerdings bei rein theoretischer Behandlung nicht auf, umsoweniger, wenn man dabei vorzugsweise die Bestimmungen des gemeinen Rechtes im Auge hat, welches eine Verhaftung aus der Erbschaft ohne eigene Handlungen überhaupt nicht eintreten läßt; und daraus erklärt es sich, daß die Regel unbeanstandet allgemein von Theorie und Praxis angenommen worden ist. Um so unabweislicher ist aber die Einschränkung, wenn ihre Notwendigkeit an einem konkreten Falle hervortritt.

Das Gesagte gilt nun gerade für Präjudizien. Sie stellen nicht Rechtssätze (leges) auf, sondern Regeln (regulae juris), und kein Richter, auch der umsichtigste nicht, kann sie so vorsichtig fassen, daß sie ihrem Wortlaute nach für alle möglichen künftigen Fälle zutreffen. Deshalb bedürfen sie, wenn das Recht nicht verknöchern soll, einer immerwährenden Korrektur durch die Praxis der unteren Gerichte.

Eine ausgiebige Beobachtung des Rechtslebens verspricht zugleich zu einer Quelle der Belebung für die Theorie zu werden. Die Zeiten der „Begriffsjurisprudenz", in denen man lange abstruse Abhandlungen über unfruchtbare Begriffsbestimmungen schrieb, sind allerdings vorbei, aber immerhin reicht die bloße Phantasie

Digitized by Google

des Gelehrten nicht aus, um die Wirkungen der Rechtsätze und der daraus abgeleiteten Prinzipien im Leben richtig zu ermessen. Täglich ereignen sich Fälle, die niemand zu ersinnen wagen würde, und werfen die scharfsinnigsten Schlußfolgerungen über den Haufen. Auch für den Lehrvortrag wird neuerdings von den verschiedensten Seiten und mit immer größerer Bestimmtheit die Notwendigkeit der Anschaulichkeit betont, und es gibt Hilfsmittel, die diesem Bestreben dienen, in bedeutender Menge. Trotzdem bemerkt der in die Praxis tretende junge Referendar sehr bald, daß vielfach zwischen dem, was er in den Hörsälen gelernt hat, und dem, was ihm jetzt thatsächlich vor Augen tritt, ein unverkennbarer Unterschied besteht. Wir lehren z. B., daß das Pfandrecht an beweglichen Sachen, da es Dritten erkennbar sein soll, nur durch wirkliche Besitzübergabe, nicht durch constitutum possessorium begründet werden kann. Aber im Leben wird der Satz auf die einfachste Weise dadurch umgangen, daß man statt „ein Pfandrecht zu bestellen" „Eigentum zur Sicherheit für eine Forderung überträgt". Die Beteiligten meinen nichts anderes als Pfandrecht, nennen es auch in mündlichen Besprechungen gelegentlich so, aber in der Urkunde über die Bestellung bezeichnen sie es, um die Beschränkungen des Gesetzes zu umgehen, als Eigentum. Man könnte nun von vornherein sehr zweifeln, ob nicht die Beschränkungen der Pfandrechtsbestellung dem Sinne des Gesetzes gemäß auf eine derartige Eigentumsübertragung auszudehnen seien, aber schon unter der Herrschaft des alten Rechtes hat eine konstante Praxis dies abgelehnt, und da die angeführten Gründe auch für das B.G.B. zutreffen, so ist anzunehmen, daß sich auch in Zukunft die Rechtsprechung nicht ändern wird. Natürlich aber wird dadurch die praktische Bedeutung der Rechtssätze über die Bestellung von Pfandrechten sehr erheblich modifiziert.

Wenn sich auch der Verkehr nur verhältnismäßig selten, wie in dem erwähnten Falle, völlig neue Bahnen sucht, so gibt es doch wenige Rechtssätze, an denen sein Einfluß spurlos vorübergleitet. Einigen Bestimmungen gibt er eine Tragweite, an die keiner der Mitarbeiter an der Gesetzgebung je gedacht, anderen nimmt er die praktische Bedeutung, so daß sie kaum je zur Anwendung kommen. Alles das ist am Studiertische nicht festzustellen, und doch ist die Kenntnis davon unerläßliche Voraussetzung für eine richtige Auffassung des Rechtes; „scire leges non hoc est, verba eorum tenere, sed vim et potestatem."

In noch höherem Maße gilt dies für die Arbeit an der Fort-

Digitized by Google

bildung des Rechtes. Hier sollen die „Beiträge zur Auslegung des B.G.B." einsetzen, um auch zu ihrem bescheidenen Teile an der Lösung der großen Aufgabe mitzuarbeiten, die die gegenwärtige Zeit dem ganzen Juristenstande stellt. An vorzüglichen Zeitschriften, die die Rechtswissenschaft durch gelehrte Abhandlungen fördern, haben wir keinen Mangel, die vorliegenden Blätter haben einen anderen, nicht minder wichtigen Zweck. Sie sollen ein Bindeglied bilden zwischen Praxis und Theorie, und zwischen der Praxis der höheren und der niederen Gerichte.

Aus diesem Grunde werden wir größere theoretische Abhandlungen nicht bringen. Dagegen wollen wir in regelmäßigen Berichten aus der Litteratur einschließlich der Zeitschriftenlitteratur dasjenige kurz hervorheben, was eine besondere Bedeutung für die Praxis hat. Ebenso sollen regelmäßige Berichte von hervorragenden Praktikern über die Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Urteile von Amtsgerichten und Landgerichten, soweit sie erreichbar sind, aufgenommen werden, damit unsere Leser über die neu auftauchenden Fragen und über die Versuche zu ihrer Lösung auf dem Laufenden erhalten werden.

Die Verbindung mit Juristen aus allen Lebensstellungen, namentlich mit Praktikern, die in unmittelbarer Berührung mit dem Leben stehen, und die Hoffnung, den Kreis unserer Freunde noch vergrößern zu können, gibt uns den Mut, an unsere Aufgabe heranzutreten. Wir bitten insbesondere unsere Leser um Unterstützung durch Mitteilungen von Rechtsfällen und Entscheidungen aus ihrer Amtsthätigkeit und ihrer sonstigen Erfahrung; wir werden diese in einer besonderen Rubrik zur Kenntnis bringen und in geeigneten Fällen für eine Besprechung sorgen. Zur Anregung und Erörterung von Zweifelsfragen stellen wir unseren „Sprechsaal" zur Verfügung. Die eingesandten Anfragen sollen in dem nächsten Hefte mitgeteilt und die eingehenden Antworten bezw. die von uns eingeholten Gutachten in dem darauf folgenden Hefte veröffentlicht werden.

Und so gehen wir denn an unser Unternehmen mit der Zuversicht, daß es dem deutschen Volke beschieden sein wird, unter Leitung seines Juristenstandes auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches ein zugleich wissenschaftliches und volkstümliches Recht zu schaffen, und mit dem daran geknüpften Wunsche, unsererseits einen kleinen Anteil an dem großen Werke zu haben.

Digitized by Google

II.

Aphorismen zur Besitzlehre.

Von

Geheimrat Professor Dr. **E. J. Bekker.**

I. B.G.B. 854.

Die verdiente Anerkennung, die der Planckſche Kommentar zum B.G.B. allgemein gefunden hat, zwingt auch ſolchen Behauptungen Aufmerkſamkeit zu ſchenken, die, wenn ſie an anderer Stelle erſchienen wären, ungeſtört in das Meer der Vergeſſenheit ſchwimmen dürften.

Band III Seite 29 ſteht wörtlich zu leſen:

> Wer die thatſächliche Gewalt hat, der hat den Beſitz. Dies kann bedeuten, daß die thatſächliche Gewalt und der Beſitz ſich begrifflich decken, m. a. W., daß Beſitz die thatſächliche Gewalt iſt, oder aber, daß der Beſitz eine ſich an das Beſtehen der thatſächlichen Gewalt knüpfende Rechtsfolge iſt. Welche dieſer Auffaſſungen dem Sinne des Geſetzes entſpricht, läßt ſich nur durch Prüfung der Stellen, an denen das Geſetz vom Beſitze ſpricht, entſcheiden.

Die hierauffolgende Stellenprüfung ſoll dann ergeben, daß Beſitz regelmäßig der thatſächlichen Gewalt gleichzuſetzen ſei, und nur B.G.B. § 857 dieſer Auffaſſung zu widerſprechen ſcheine.

Dem gegenüber mag zunächſt zugegeben werden, daß ganz wie im römiſchen Recht possessio, possidere u. ſ. w. bald die Thatſache des Beſitzes, bald die an dieſe geknüpften Rechtsfolgen bezeichnet, ebenſo im B.G.B. die Worte Beſitz, beſitzen, Beſitzer entweder auf die res facti oder auf das daraus reſultierende recht-

Digitized by Google

liche Verhältnis gedeutet werden können. Dagegen ist zu bemerken, daß die für diese Unterscheidung wichtigste Stelle im Kommentar nicht die gebührende Beachtung gefunden hat. Der Gesetzgeber stellt an die Spitze seiner ganzen Besitzlehre § 854, 1 die Worte:

> Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Hieraus folgt mit logischer Notwendigkeit

1. daß hier der Besitz nicht mit der Erlangung der thatsächlichen Gewalt zu identifizieren ist; was immerhin hervorgehoben werden mag, da von den Römern der Akt der Besitzergreifung bisweilen „possidere“ geheißen ist;

2. kann aber Besitz hier auch nicht die Bedeutung der „thatsächlichen Gewalt“ (= res facti) haben, denn sonst erhielten wir die bodenlose Trivialität:

> die thatsächliche Gewalt über eine Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Gewiß ist mancher Satz des B.G.B. herzlich schlecht gefaßt, aber derartiges darf man den Verfassern doch nicht ansinnen. Vielmehr muß, da wie gesagt der citierte Satz das ganze Besitzrecht einleitet, auch an allen anderen Stellen im Zweifel den Worten Besitz, Besitzer u. s. w. die gesetzlich fixierte Bedeutung der Rechtsfolge einer thatsächlich erlangten Gewalt gegeben werden.

Geht man von dieser Grundlage aus, so wird die Stellenübersicht ein ganz anderes Resultat ergeben, als das im Kommentar angenommene. Das ist nicht ohne praktische Wichtigkeit und hilft uns beispielsweise über eine Schwierigkeit, an der die Römer wiederholt gestrandet sind: kann eine juristische Person Besitz haben? Die Bejahung ist nach dem B.G.B. zweifellos.

Was dann die Natur des Besitzes als Rechtsfolge anlangt, so bezeichnet der Kommentar es als zweifelhaft, ob sie als Rechtsverhältnis zu bezeichnen sei. Wie viele andere teilt Endemann in seinem Lehrbuch diese Zweifel durchaus nicht und gibt eine sehr anschauliche Darstellung des fraglichen Rechtsverhältnisses. Ich möchte dem noch einen Hinweis beifügen auf C.P.O. 256 (früher 231).

> Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses . . . kann Klage erhoben werden.

Wer also dem Besitz die Natur eines Rechtsverhältnisses absprechen wollte, müßte zugleich behaupten, daß keine auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Besitzes bezügliche Feststellungsklage statthaft sei. Überhaupt gibt der eben angeführte Artikel manchen brauchbaren

Digitized by Google

Anhalt für die Begriffsbestimmung des „Rechtsverhältnisses"; so wird man ohne weiteres daraus entnehmen können, daß jedes Recht als Rechtsverhältnis zu gelten hat, daß es aber auch Rechtsverhältnisse gibt, welche keine Rechte sind, wie beispielsweise Verwandtschaft, Schwägerschaft, Pertinenzqualität, auch Furtivität einer Sache.

II. B.G.B. 857.

Um diesen Paragraphen mit der eigenen Anschauung in Einklang zu bringen, gibt der Kommentator a. a. O. S. 39, 40 eine längere etwas gewundene Ausführung, die darauf hinausläuft, daß „§ 857 nicht wörtlich genommen werden" dürfe, der Besitz in Wirklichkeit nicht übergehe und nur

> die für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften auf den mit dem Tode des Besitzers eintretenden thatsächlichen Zustand und den Erben des Besitzers entsprechende Anwendung finden sollen.

Gegen solche Interpretation erheben sich die größten Bedenken, selbst wenn sie den Anschauungen von vielen oder wenigen Mitgliedern der Kommission bei Entscheidung der heiklen Frage, ob man den Besitz auf den Erben übergehen oder nicht übergehen lassen wolle, entspräche. Die Mitglieder der Kommission waren nicht die Gesetzgeber; daß die Mitglieder des Reichstages und des Bundesrats die Worte des § 857 ebenso gedeutet, steht völlig unbewiesen da; gewiß aber ist, daß wenn ein Beteiligter, nicht in alle Geheimnisse der Rechtsdeutelei Eingeweihter erfahren sollte, daß er trotz den Worten des § 857 im gegebenen Falle nicht Besitzer geworden, er an der Verständlichkeit des Gesetzbuchs für das Volk, für das dieses geschrieben ist, verzweifeln müßte.

Alle Schwierigkeiten verschwinden, sobald man die § 854, 1 gegebene Begriffsbestimmung zu Grunde legt. Wir begegnen dann einem klaren und faßlichen, wenn auch vielleicht unter Umständen nicht leicht durchführbaren Gedanken; das Rechtsverhältnis, in welches der Erblasser durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt zu einer Sache getreten, ist mit dem Tode desselben auf den Erben übergegangen.

Wie das im einzelnen auszuführen, muß hier unerörtert bleiben, doch wollen wir die Natur des Verhältnisses etwas näher in Betracht ziehen. Da es in der Gegenwart noch nicht an Romanisten fehlt, welche das „ius possessionis" als ein Nichtrecht und

Digitized by Google

das Besitzverhältnis des dominus am entlaufenen Sklaven und an den von diesem erworbenen Stücken, während dominus vom Aufenthalt und dem ganzen Thun und Treiben seines Sklaven absolut nichts weiß, als res facti betrachten, so kann es nicht auffallen, daß auch der Rechtscharakter des modernen Besitzes von vielen bestritten wird. Selbstverständlich handelt es sich hierbei nicht um praktische Fragen des Besitzrechts, sondern lediglich um die Abgrenzung desjenigen, was wir als „subjektives Recht" zu bezeichnen haben. Das B.G.B. und die anderen Reichsgesetze ergeben hierfür noch weniger als für das Rechtsverhältnis. Daß auch in der Litteratur keine Einigkeit herrscht, ist allbekannt.

Der Besitz erscheint allemal als Beziehung eines Subjekts zu einem Objekt und zwar zu einem körperlichen, greifbaren. Der Besitzer ist berechtigt innerhalb gewisser Grenzen die in das Objekt gebundenen Kräfte nach seinem Willen spielen zu lassen; wird er hierin von Dritten gestört, so hat er gegen die große Mehrzahl derselben das Recht der Abwehr durch Selbsthilfe und Gerichtsschutz; den Inbegriff dieser Befugnisse kann er geschäftlich übertragen und vererben. In dem letzten Punkt geht das heutige Recht über das römische hinaus, und steht also der moderne Besitz dem subjektiven Recht um so viel näher. Zur Ausübungsbefugnis, die von manchem angezweifelt werden könnte, noch soviel: auch der Dieb ist nach römischem wie nach heutigem Recht benutzungsberechtigt. Gestraft wird er, daß er die Busennadel gestohlen hat; aber nicht dafür, daß er die gestohlene, in seinen Besitz genommene nachher getragen. Auch zivilrechtliche Ansprüche erwachsen hieraus gegen ihn nicht, nur wenn er durch die Benutzung entweder sich bereichert oder das benutzte Objekt geschädigt hätte. Kein Dritter darf ihn in der Benutzung stören, mit Ausnahme des Bestohlenen selber und der Vertreter der obrigkeitlichen Gewalt.

Wenn man nach alledem geneigt sein möchte, das Rechtsverhältnis des Besitzes als subjektives Recht zu erfassen, so muß zugleich bemerkt werden, daß es immerhin ein Recht von besonderer Natur ist, und von etwas zweifelhaftem Verhalten zu dem Rechtskomplex, den wir Vermögen heißen. Das Vermögen haftet den Gläubigern und geht auf die Erben über; das römische ius possessionis thut keines von beiden, der moderne Besitz geht über, haftet aber, wo er wie beim Diebe für sich allein und ohne Anlehnung an ein ius possidendi dasteht, zweifellos nicht wie ein anderes Vermögensstück. Da im B.G.B. der Begriff des subjektiven

Digitized by Google

Rechts überhaupt keine feste Gestalt angenommen hat, so läßt sich aus den §§ 865, verglichen mit 93, sowie 1414 so wenig wider die Rechtsqualität des Besitzes folgern, wie aus den §§ 859 verglichen mit 861, 862 dafür.

III. B.G.B. 868.

> Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Schwierigkeit machen hier die Worte „zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist“: man möchte meinen, daß damit die „Verpflichteten“ den „Berechtigten“ gegenüber gestellt seien, also der Berechtigte kein Verpflichteter, der Verpflichtete kein Berechtigter sein solle. Das ist aber nicht anzunehmen. Giebt es jemand, der „einem anderen gegenüber“ zum Besitzen verpflichtet, demselben anderen gegenüber aber nicht auch zum Besitzen berechtigt wäre? — Sicher nicht, denn der Gesetzgeber kann ein und dieselbe Handlung nicht zugleich gebieten und verbieten.

Danach käme man zu dem Resultat, daß alle Besitzmittler, wir fassen unter diesen Ausdruck die Nießbraucher, Pfandgläubiger und sonst in ähnlichen Verhältnissen Besitzende zusammen, auch Besitzberechtigte sein müssen, aber ebensowohl Besitzverpflichtete wie nicht Verpflichtete sein können, und es wäre also wohl korrekter gewesen, die Definition darauf zu stellen, daß

> er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet oder auch nur berechtigt ist.

Diese Auslegung auf die jetzige Fassung zu übertragen, scheint unbedenklich.

Daß auch ein nur vermeintliches, in Wirklichkeit nicht rechtsgültiges Verhältnis den Voraussetzungen des § 868 entspreche, nimmt der Kommentator in Übereinstimmung mit vielen anderen an. Zum Eingehen auf die dieser Behauptung entsprechende reiche Kasuistik ist hier kein Platz. Dagegen mögen noch ein paar Worte über den Besitz des Finders folgen.

Mit Dernburg und Wendt trete ich hier nicht bloß dem Kommentar, sondern auch einer sich bildenden communis opinio (cf. Fischer u. Henle, Handausgabe § 868 Anm. 2) entgegen. Vor-

Digitized by Google

aus zu bemerken ist, daß die Begriffe des Verlierens sowohl, zumal wenn § 856, 2 berücksichtigt wird, wie auch des Findens einer schärferen Begrenzung bedürfen, bevor allgemeine Einigung zu erhoffen ist. Sodann daß auch die Verpflichtung des Finders, „dem Verlierer oder dem Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten Anzeige zu machen" und je nachdem die Sache herauszugeben, die Erkenntnis des vorhandenen Rechtszustands erschwert. Immerhin möchte ich für folgendes eintreten.

Erstlich, wenn der Finder, wie das bisher schon recht oft geschehen und in Zukunft vermutlich noch häufiger geschehen wird, von vornherein entschlossen ist, die gefundene Sache für sich zu nehmen und demgemäß als eine ihm gehörende zu besitzen (Fundunterschlagung zu begehen), so wird er mit dem Zugreifen Eigenbesitzer.

Zweitens, der ehrliche Finder, der die Sache nicht ergreift, um sie als ihm gehörig zu besitzen, wird nicht Eigenbesitzer. Er wird Besitzmittler für einen Bekannten, wenn er gleich beim Finden entdeckt, wem die Sache gehört (z. B. ich treffe den verlaufenen Hund meines Freundes auf der Straße, sein Taschenbuch oder seine silberne Dose, die mir wohlbekannt sind, an einem Orte, wo er sich kürzlich aufgehalten), sonst, und diese Fälle werden die Regel bilden, für einen Unbekannten. Eigenbesitzer kann ich hier nicht werden, da mir der hierzu erforderliche Wille fehlt, und Besitzdiener nicht, da die Voraussetzungen des § 855 nicht vorliegen. Dagegen ist erinnert, daß der im § 868 gemeinte Mittlerbesitz allemal ein von dem mittelbaren Besitzer abgeleiteter sein müsse. Aber wo steht das? § 868 nennt ausdrücklich den Verwahrer unter den Besitzmittlern, und § 966 belehrt uns, daß der Finder zur Verwahrung verpflichtet, also wenn er dieser Verpflichtung nachkommt, zweifellos ein Verwahrer ist.

Der eben angeführte Satz in Verbindung mit dem anderen, daß thatsächlich der redliche Finder die Sache nicht als ihm gehörend besitzt, muß als ausschlaggebend angenommen werden.

Die Ausführungen von Strohal, Iherings Jahrbücher XXXVIII, S. 24 ff., stützen sich auf eine der schwächsten Partieen des B.G.B. Von vielen Seiten ist bereits beklagt, daß unser Gesetzgeber zu der alten Savignyschen Verwirrung der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung zurückgekehrt ist. Folge hiervon, daß er auch die realen und rein voluntaren Elemente eines Rechtsgeschäfts nicht auseinanderzuhalten vermocht hat. Wenn er dagegen einseitige und zweiseitige Geschäfte scharf sondert und mit weithin differierenden

Digitized by Google

Konsequenzen ausstattet, so ist dies nichts weniger als unbedenklich, da das gangbarste von allen zweiseitigen Geschäften der Vertrag sich aus zwei einseitigen zusammensetzt.

Strohal argumentiert aus § 180, der beim einseitigen Rechtsgeschäft die Vertretung ohne Vertretungsmacht für unzulässig erklärt. Er übersieht, daß bei dem ganzen Titel §§ 164—181 dem Gesetzgeber immer nur rein voluntare Rechtsgeschäfte vor Augen gestanden haben und namentlich der Fall, wo A für B mit dem C ein solches Geschäft abschließt. Aber wie, wenn in der Wohnung des abwesenden B Feuer ausbricht, sein guter Freund A beim Löschen hilft und verschiedene gerettete Stücke in seine Wohnung nimmt, um sie bei erster Gelegenheit dem A zurückzugeben? Vielleicht läßt er auch einige Schäden der Sachen, die schleunige Reparatur fordern, auf seine Kosten ausbessern, mit der Absicht für diese Auslagen späterhin Ersatz zu fordern. Ganz gewiß hat A hier keine Vertretungsmacht, kein durch einen Ableitungsakt vom B auf ihn gekommenes ius possidendi, aber ebenso gewiß ist, daß man, ohne den Worten den gröbsten Zwang anzuthun, von ihm nicht sagen darf, daß er die geretteten Sachen „als ihm gehörend" besitze. Er ist Verwahrer und will nichts anderes sein, und Verwahrer kann man nicht bloß aus einem Kontrakt, sondern ebensowohl aus einem quasikontraktlichen Akt werden.

Noch schwächer sind die Argumente des Planckschen Kommentars. Was die Nichtgesetzgeber, die an der Herstellung der Entwürfe mitgearbeitet, sich gedacht, ist gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes indifferent, zumal wenn diese Gedanken, wie hier in Beziehung auf die D. z. Ges. betr. Änderungen der C.P.O. S. 19 zugegeben werden muß, augenscheinlich auseinander gingen. — Ob die Worte „auf Zeit" unanwendbar sind auf ein Verhältnis, das durch Herausgabe der Stücke an die Polizeibehörde gelöst werden kann, ist an und für sich wohl zu bezweifeln. Daß der Finder nach § 967 berechtigt ist, das Fundstück der Polizeibehörde abzuliefern, ist eine Beschränkung nur seiner Verwahrungspflicht, nicht seiner Besitzberechtigung. Und daß er unter Umständen Anordnungen der Polizeibehörde auf Herausgabe an diese zu gehorchen hat, ist sicherlich eine Norm sekundärer Natur, die den Rechtscharakter des Besitzstandes nicht zu ändern vermag. Es gibt viele Fälle, in denen ein Besitzer auf Anordnung einer Polizeibehörde den Besitz aufgeben muß, ohne daß darum sein Besitz bis zu dem Aufgeben eine andere Natur annähme.

Digitized by Google

Schließlich, unter Umständen könnte der Finder auch nur Besitzdiener werden. Z. B. A verliert auf offener Straße von seinem Wagen oder Handkarren oder aus dem Tragbündel ein Stück; B, der dies sieht, nimmt das Stück auf, ruft dem A nach und bemüht sich, den Fund sogleich wieder in A's Hände zu bringen. Gelingt dies, so ist B stets nur Besitzdiener gewesen, und versucht vielleicht C das Stück, bevor es dem A übergeben ist, zu entreißen, so wird man diesem das Rechtsmittel aus § 860 zubilligen müssen, wogegen die Klagen bei gelungener Entreißung ausschließlich dem A zustehen dürften. Hört aber A nichts, fährt davon, ohne den B zu bemerken, so wird dieser wohl zum Verwahrer werden müssen. Oder sollte wer meinen, daß auch dieser B die Sache „als ihm gehörend" besitze?

Digitized by Google

III.

Rückwirkung der Aufrechnung.

B.G.B. § 389.

Von

Professor Dr. J. Binder.

I.

In Übereinstimmung mit der überwiegenden gemeinrechtlichen Lehre und dem I. Entwurfe (§ 283) legt das B.G.B. im § 389 der Aufrechnung die Wirkung bei, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, „als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind". Dies ist zwar konstruktiv nicht unbedenklich, insoferne es mißlich ist, einer Privatwillenserklärung rückwirkende Kraft beizulegen — die Auffassung, daß die Forderungen sich von selbst aufheben, wird in den Motiven (II S. 108 f.) ausdrücklich abgelehnt —; aber doch auch ohne theoretische Konsequenz, weil es sich um eine reine Fiktion handelt[1]) und aus Fiktionen Konsequenzen überhaupt nicht gezogen werden dürfen. Praktisch gestaltet sich die Anwendung des Grundsatzes in der Regel auch durchaus einfach und befriedigend. Von dem Augenblick des Gegenübertretens an wird der Zinsenlauf sistiert, einerlei, ob beide Forderungen verzinslich sind oder nur eine von ihnen, und ob der Zinsfuß bei beiden die gleiche Höhe hat. Der auf seiten des einen Schuldners nach diesem Zeitpunkt eingetretene Verzug gilt, wenn kompensiert wird, als nicht eingetreten, die verfallene Vertragsstrafe als nicht verfallen u. s. w.[2]).

[1]) Vgl. Mot. II S. 109, Prot. I S. 370; Schollmeyer, Komm. S. 338.

[2]) Vgl. die Kommentare und Kipp bei Windscheid II S. 440.

Digitized by Google

Indessen ergibt sich doch aus dem § 389 in einem besonderen Falle eine nicht unbedeutende praktische Schwierigkeit. Wenn nämlich einer verzinslichen Kapitalforderung eine Forderung auf Rückgewähr von (in Geld veranschlagten) Nutzungen gegenübersteht, so läßt sich nicht sagen, daß diese Gegenforderung den Zinsenlauf von Anfang an hemmt, so daß der Gesamtbetrag des Nutzungswertes einfach von der Kapitalforderung, wie sie sich bis zum Beginn der Nutzung unter Einrechnung der bis dahin fällig gewordenen Zinsen gestaltet hatte, abzuziehen wäre. Denn in dieser späteren Höhe ist die Forderung der Gegenforderung jedenfalls damals noch nicht gegenübergetreten. Anderseits scheint die Annahme ausgeschlossen, daß die Ersatzforderung für die Nutzungen erst nach Beendigung der Nutzung der Kapitalforderung kompensabel gegenübertrete, was die Folge haben müßte, daß die Zinsen der letzteren bis zur Beendigung der Nutzung zu berechnen und der Ansatz des Nutzungswertes von dem Gesamtbetrag des Kapitals und der Zinsen zu subtrahieren sei. So gelangt man, entsprechend der successiven Entstehung des Ersatzanspruchs für die Nutzungen, zu einer successiven Kompensation, wobei für jeden Tag der Nutzung die entsprechende Wertquote aufzurechnen ist auf das Kapital und den für diesen Tag fälligen Zins, wobei nach B.G.B. §§ 396, 367 die Aufrechnung zunächst auf die Zinsen und dann auf das Kapital zu erfolgen hat.

Dieser scheinbar logisch notwendige Aufrechnungsmodus führt aber praktisch zu den größten Schwierigkeiten, denn er mutet unseren Richtern, von welchen die Mehrheit gewiß aus guten Rechnern, aber kaum noch aus gewiegten Mathematikern bestehen wird, eine äußerst komplizierte Rechnung zu. Zwar ist der Subtrahend bei dieser Kompensation immer der nämliche, da für die Ersatzforderung keine Zinsen laufen; aber der Minuend ist eine für jeden Kompensationsakt verschiedene Größe. Denn da die Subtraktion (Kompensation) das Kapital ständig in erhöhtem Maße mindert, wird der von Tag zu Tag fällige Zins immer kleiner; anderseits aber wird diese successive Verminderung wenigstens teilweise, wenn auch in immer geringerem Maße, wieder ausgeglichen dadurch, daß zu dem Minuenden täglich eine, wenn auch minimale Zinsrate hinzutritt. So gelangt man zu einer zwar genauen, aber komplizierten Rechnung, deren Durchführung den meisten Richtern unmöglich sein dürfte. Sucht man nämlich, statt für einen oft jahrelangen Zeitraum die zu subtrahierenden Beträge für jeden einzelnen Tag zu

Digitized by Google

berechnen, eine Formel, um sofort das Endergebnis festzustellen, so ergibt sich, wenn

X der nach der letzten Kompensation bleibende Rest,
K das Kapital,
Z die Zeit der Nutzung (in Tagen),
N der Betrag der täglichen Nutzung,
U der Zinsfuß pro Mark und Tag ist,

folgende Formel:

$$X = K(1+U)^z - N\,\frac{(1+U)^z - 1}{(1+U) - 1}.$$

Diese Ausführung beruht auf einem Rechtsfall, welcher mir aus der Praxis des Landgerichts R. mitgeteilt wurde. Folgendes ist der Thatbestand.

II.

A hatte dem B sein Wirtschaftsanwesen durch formlosen Vertrag verkauft und von B auf den Kaufpreis 7000 M. in bar erhalten, unter Anrechnung der auf dem Anwesen lastenden Hypotheken. B bewohnte das Anwesen und betrieb die Wirtschaft während eines Zeitraums von 409 Tagen. Da aber trotz der Aufforderung von seiten des Käufers B keine „Verlassung" (Auflassung B.G.B. §§ 313, 925) erfolgte, erbot sich B zur Rückgabe des Anwesens und erhob Klage auf Rückzahlung der 7000 M. samt 4% Zinsen. Neben anderen, hier nicht zu besprechenden Einwendungen machte der Beklagte geltend, daß B 409 Tage lang die Nutzungen des Kaufobjekts im Gesamtbetrage von netto 931 M. 66 Pf. genossen habe und infolge der Nichtigkeit des Vertrags durch diesen Betrag ungerechtfertigterweise bereichert sei, weshalb er mit ihm kompensiere. Dieser Einwendung wurde stattgegeben. Bei der Berechnung der Kompensation gelangte das Gericht unter Anwendung der Grundsätze von den geometrischen Progressionen zu folgender Formel, aus welcher die oben angegebene Buchstabenformel abstrahiert ist:

$$X = 7000\left(1+\frac{4}{365\cdot 100}\right)^{409} - \frac{931{,}66}{409}\left(\frac{\left(1+\frac{4}{365\cdot 100}\right)^{409} - 1}{\left(1+\frac{4}{365\cdot 100}\right) - 1}\right)$$

Unter Anwendung der siebenstelligen Briggschen Logarithmen ergab sich als Kompensationssaldo die Summe von 6368 M. 35 Pf.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses bewies mir folgende Operation,

Digitized by Google

die ich zur Nachprüfung ausführte: Die Berechnung des Minuenden für den ersten Tag ergab: 7000,767; die des konstanten täglichen Subtrahenten: 2,278; das Ergebnis der Kompensation für den ersten Tag ist die Differenz: 6998,489 = 6998 M. 50 Pf. Auf demselben Wege erzielte ich für den zweiten Tag die Differenz von 6999,266 — 2, 278 = 6996,988 = 6997, so daß sich eine Minderung von ungefähr 1,50 M. pro Tag ergab, für 409 Tage also von 613,50 M., welche, von dem Kapital von 7000 M. subtrahiert, den Betrag von 6386,50 M. ergaben. Das auf diese, freilich ganz unmathematische Weise gefundene Ergebnis ist also ungefähr das nämliche, wie das von der Zivilkammer des Landgerichts R. erzielte; die Abweichung erklärt sich aus der Ungenauigkeit der zweiten Methode.

III.

Aber wohin soll dies in der Praxis führen? Nicht jeder unserer Richter wird eine solche Rechnung ausführen können; sie von einem Sachverständigen ausführen zu lassen, wird nicht angehen, da das Urteil auf der Überzeugung des Richters und nicht des Sachverständigen beruhen muß, und selbst wenn der Richter die erforderliche Fähigkeit hat, wird ihm in den unteren Instanzen die nötige Zeit dazu fehlen. Die Parteien werden ferner kaum in der Lage sein, die Rechnung des Richters nachzuprüfen und anzufechten, und ebenso wird in der höheren Instanz dem Richter die Möglichkeit fehlen, die Rechnung des Erstrichters und ihre Bemängelung durch die Parteien nachzuprüfen. Jura novit curia; unsere Richter sollen Juristen und keine Mathematiker sein. So sehr ich deshalb den zur Entscheidung des oben genannten Falles aufgewendeten Scharfsinn bewundere, so unannehmbar erscheint mir das ganze Verfahren. Dem Richter siebenstellige Logarithmen in die Hand zu zwingen, kann die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen sein.

Es ist deshalb die Frage zu stellen, ob uns § 389 cit. nötigt, die rückwirkende Kraft der Aufrechnung auch in diesem Falle anzunehmen. Das glaube ich verneinen zu dürfen. Betrachten wir die Erwägungen, welche für den Gesetzgeber[1]) bei der Gestaltung der Kompensationswirkung maßgebend waren,[2]) so ist nicht zu verkennen, daß § 389 keine zwingende, weil ohne Beschränkung gefaßte, aus-

[1]) D. h. die Person, welche die Vorschrift verfaßt hat.
[2]) Mot. II S. 109.

Digitized by Google

nahmslos geltende Norm bildet, sondern ein auf bestimmten Voraussetzungen beruhendes, von ihnen getragenes Prinzip, welches hinfällig wird, sobald die Voraussetzungen fehlen. Der Gesetzgeber verkannte die konstruktiven Bedenken gegen die Rückwirkung nicht; aber für dieselbe schien ihm „einmal die Rücksicht maßgebend, daß andernfalls der praktische Wert der Kompensation verkümmert würde, indem eine solche Normierung namentlich zur Folge hätte, daß sowohl die Verzinslichkeit, als die Mora sowie das Verfallen einer Strafe ausschließlich nach der Zeit der Kompensationserklärung zu beurteilen wären". „Ganz bedenklich aber wäre, daß zu jener Normierung die Vorschriften über die Kompensation im Konkurse (§§ 53 ff. KO.) nicht passen würden. Das entgegengesetzte „Prinzip" würde, um den Anforderungen des praktischen Lebens zu genügen, unabweislich nötigen, den gedachten Übelständen durch eine größere oder geringere Zahl von positiven Bestimmungen zu begegnen."

Hieraus ergibt sich zweifellos, daß das fragliche Prinzip nur gelten sollte, insoweit es mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens im Einklang steht, und es fragt sich nur, ob wir diesem Willen angesichts des Wortlauts unseres Paragraphen Rechnung tragen dürfen. Und diese Frage stehe ich nicht an, zu bejahen. Niemals, seit den Zeiten der Pontifices, ist die Wortinterpretation das Endziel des Juristen gewesen; und wir modernen Juristen sind erst recht gewöhnt, das Recht als einen Spiegel des täglichen Lebens zu betrachten und zu verhüten, daß seine Vernunft durch Wortinterpretation Unsinn und seine Wohlthat Plage werde.

Zudem zeigt uns das GB. selbst, daß dieses Prinzip der Rückwirkung keine ausnahmlose Geltung haben sollte. Nach § 396 I nämlich hat der Gläubiger mehrerer zur Aufrechnung geeigneter Forderungen die Wahl, welche von ihnen er zur Aufrechnung verwenden will. Dies ist zwar im Einklang mit dem Prinzip, daß die Tilgung der Forderung nicht ipso iure eintritt, nicht aber mit dem diesem widerstreitenden Prinzip der Tilgung im Augenblick des Gegenübertretens. Dessen schrankenlose Durchführung hätte vielmehr in dem Satze Ausdruck finden müssen, daß der Schuldner nur die älteste Forderung zur Aufrechnung verwenden kann. Wie sich diese beiden Prinzipien widerstreiten und jedes von ihnen verhindert, daß aus dem anderen alle Konsequenzen gezogen werden, so müssen wir dem einen Prinzip auch da die Konsequenz versagen, wo kein vom Gesetz ausgesprochenes Prinzip entgegensteht, aber seine ratio zu Ende ist.

Digitized by Google

IV.

Schwerer aber als diese allgemeine Erwägung muß ins Gewicht fallen, daß das Gesetz selbst die Möglichkeit, ja die Notwendigkeit begründet, unseren Fall anders als in der oben erwähnten Weise zu entscheiden.

Nach unserem § 389 gelten die beiden Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübertreten.

Das Gericht ging bei seiner Entscheidung von der als selbstverständlich angenommenen Auffassung aus, daß die Ersatzforderung wegen der Nutzungen successive in jedem kleinsten Nutzungsabschnitt der Kapitalforderung in aufrechenbarer Weise gegenübertrete. Dies halte ich aber nicht für richtig.

Ich bestreite zwar nicht, daß unter den „zur Aufrechnung geeigneten Forderungen" Forderungen gedacht sind, welche den Voraussetzungen des § 387 entsprechen. Für die Ersatzforderung würde mithin nur erforderlich sein, daß die Ersatzleistung von dem anderen Teil, dem Kläger, „gefordert" werden könnte, und dieses Moment ist anscheinend, da die Forderung weder bedingt noch betagt, noch von einer Gegenforderung abhängig ist, gegeben.

Trotzdem möchte ich die Kompensabilität verneinen.

Wenn nämlich auch die Gesamtersatzforderung a der Ersatz für die Nutzung in dem aus einer Summe von einzelnen Tagen bestehenden Zeitraum y ist, so folgt doch daraus nicht, daß der Ersatz für die Nutzung an einem konkreten Tage (z. B. 25. März 1901) notwendig $\frac{a}{y}$ sein muß. Der Quotenteil der Nutzung $\frac{a}{y}$ gibt eine abstrakte Tagesnutzung, die gar nicht anders festgestellt werden kann, als durch die Division der festgestellten Gesamtnutzung. Würde am ersten Tage nach der Besitzergreifung der Kläger die Nichtigkeit des Kaufvertrags geltend gemacht und den Beklagten zur Zahlung von 7000 M. samt $\frac{7000 \times 4}{100 \times 365}$ M. Zinsen aufgefordert haben, so möchte ich wissen, wie der Richter dazu gekommen wäre, dem Beklagten die Kompensation mit 2 M. 28 Pf. zu gewähren! Vielmehr würde er vielleicht die Kompensationseinrede als unbegründet verworfen haben, da die Nutzungen eines Tages zu unbedeutend waren, oder vielleicht aus den besonderen Umständen des einzelnen Tages zu einer viel höheren Kompensationssumme gekommen

Digitized by Google

sein. Es ist also die Quote von 2 M. 28 Pf. der Kapitalforderung nicht am 1., aber auch ebensowenig am 2. und selbst nicht am 409. Tage „gegenübergetreten"; sie ist auch nicht etwa eine Teilforderung, die selbständig existierte und selbständig, unter eigenen, von den Voraussetzungen der Gesamtforderung unabhängigen Voraussetzungen kompensiert werden kann, sondern ein Bestandteil der letzteren, der mit und in ihr existiert und mit ihr allein zur Entstehung kommt. So wenig wir im Organismus angeben können, welche Zelle vor der anderen da war, obwohl eine Zelle der anderen gleichwert und sicher die eine vor der anderen da war, so wenig können wir behaupten, daß von den verschiedenen Quoten $\frac{931{,}61}{409}$ die eine am 1., die andere am 2., die letzte am 409. Tage entstand.

Hieraus ergibt sich die Unanwendbarkeit des § 389 auf unseren Fall. Wir werden daher behaupten dürfen, daß derartige Forderungen der Gegenforderung erst dann aufrechenbar gegenübertreten, wenn ihre Höhe ziffermäßig bestimmt ist. Dies kann durch das Urteil, aber ebensogut durch Vereinbarung, Abrechnung, Anerkenntnis u. s. w. geschehen. Wird aber nach solcher Fixierung kompensiert, so tritt die Rückwirkung der Aufrechnung nach § 389 auf den Zeitpunkt der Fixierung ein.

Die Konsequenz für unseren Fall wäre, daß die Zinsen der 7000 M. bis zum Tage der Urteilsfällung liefen, und von dem Gesamtbetrag an Kapital und Zinsen der Nutzungsgesamtbetrag zu subtrahieren wäre. Und dies erscheint umso billiger, als die Nutzungen im Grunde genommen ebenso das Äquivalent für das zurückzugewährende Anwesen sind, wie die Zinsen das Äquivalent für das gewährte Kapital.

Dieser Ausführung steht meines Erachtens durchaus nicht entgegen, daß nach dem G.B. die Liquidität der Forderung kein Erfordernis der Aufrechnung ist.[1]) Denn nicht um die Feststellung der Höhe einer in bestimmtem Betrage bestehenden, jedoch in diesem Betrage noch nicht bekannten Forderung handelt es sich hier, sondern darum, daß der Teilbetrag in solchen Fällen, wo der Gesamtbetrag erst durch Bewertung[2]) entsteht, nicht vor dieser Bewertung entstehen kann.

[1]) Vgl. darüber Schollmeyer, Komm. S. 333 Z. 2 zu § 387; derf. Kompensationseinrede S. 37 ff., Windscheid II § 350 Z. 5 und dort Citierte.

[2]) Nicht: Berechnung; vgl. Windscheid a. a. O.

Digitized by Google

IV.

Übersicht über die Zeitschriften des Jahrgangs 1900.

Von

Professor Dr. J. Binder.

I. Buch. Allgemeiner Teil.

I. Abschnitt. Personen.

I. Titel. Natürliche Personen.

§§ d. B.G.B. 12 Namenrecht.

Über den Rechtsschutz gegen Namensänderungen: Fleischmann, Deutsche Juristenzeitung V S. 269: § 12 regelt nur die Wirkungen des Namenrechts, nicht seinen Erwerb. Die Beilegung eines Namens wird in Deutschland seit Jahrhunderten als Ausfluß der Staatsgewalt geübt. Dieselbe kann auch jetzt noch einen Namen geben und ein so gewährter Name wird nicht unbefugt geführt. Damit entfällt der Rechtsschutz des § 12.

Über die Zugehörigkeit des Wörtchens „von" zum adligen Familiennamen: von Bülow, eod. S. 373.

II. Titel. Juristische Personen.

21 Vereine.

Die Frage, ob ein nicht wirtschaftlicher Verein künftig als Aktiengesellschaft Rechtsfähigkeit erlangen kann, wird verneint von Simon, Zeitschrift f. Handelsrecht 49 S. 8. Dagegen mit Recht Rießer, Deutsche Juristenzeitung V S. 132.

Über das Wesen der eintragungsfähigen Vereine: Samter, Deutsche Juristenzeitung V S. 311: Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb ist niemals Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Erreichung eines wirtschaftlichen Vorteils. Zur Auslegung des § 22 ist daher nach „gerichtet ist" einzuschieben, „zur Erreichung eines wirtschaftlichen Vorteils". Der konzessionsbedürftige Verein ist daher der,

Digitized by Google

welcher die Erreichung eines wirtschaftlichen Vorteils durch einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb hauptsächlich erstrebt, der eintragungsfähige Verein der, welcher nicht die Erreichung eines wirtschaftlichen Vorteils bezweckt, sondern hauptsächlich die eines idealen Vorteils, wenn auch behufs Erreichung desselben nebensächlich ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb erfolgt. — Nicht erforderlich ist, damit der Verein konzessionsbedürftig werde, daß er einen eigenen, einen selbständigen Erwerbszweck verfolgenden Geschäftsbetrieb hat ... Der Verein Kreditreform ist daher nicht eintragungsfähig. Dagegen teilweise Hölder eod. S. 412 f: Es kommt nicht nur auf den Hauptzweck an. Die Bedeutung, die dem einen Zweck neben dem anderen zukommt, entzieht sich sicherer Bestimmung, da sie von der Vereinsthätigkeit und deren Erfolg abhängt. Ein wirtschaftlicher Vorteil ist auch die Abwendung eines wirtschaftlichen Nachteils. Im übrigen zustimmend.

Über den Vereinscharakter der Aktiengesellschaften und die Anwendung der Vorschriften des B.G.B. über die Vereine auf die Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften: Simon, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 49 S. 5 ff., 24 ff. 22

Über den Begriff des Vereinsvorstandes: Levis, Deutsche Juristenzeitung V S. 249. Dagegen Rospatt eod. S. 457: Daß die Vertretungsmacht des Vereinvorstandes mit Wirkung nach außen unter vollständiger Ausschließung der übrigen von der Vertretung statutarisch beschränkt werden könne, ist unzutreffend. 26

Über die Unanwendbarkeit der Vorschrift auf Aktiengesellschaften: Simon, Zeitschrift für Handelsrecht 49 S. 11. 27 III

Anwendbar auf Aktiengesellschaften: Simon a. a. O. S. 12. 28/31

Teilweise anwendbar auf Aktiengesellschaften: Simon a. a. O. S. 16. 43

Über die Auflösung und Entziehung der Privatrechtsfähigkeit rechtsfähiger Vereine: Hatschek, D. Juristenzeitung V S. 492 f.: Durch das B.G.B. hat das staatliche Auflösungsrecht eine wesentliche Einschränkung erfahren. Da jede Auflösung eines Vereins durch die Verwaltungsbehörden eine Entziehung seiner Rechtsfähigkeit in sich schließt, so kann die Auflösung durch die Staatsgewalt nur aus den Gründen des § 43 B.G.B. erfolgen. — Das halte ich nicht für richtig. Man wird darüber einig sein, daß der natürlichen Person die Rechtsfähigkeit überhaupt nicht entzogen werden kann; daher würde die Übertragung dieser Argumentation auf sie zu folgendem Ergebnis führen: Da die Tötung zugleich die rechtliche

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

Persönlichkeit vernichtet, ist Str.G.B. § 211 aufgehoben! — Vgl. auch Hölder, Kommentar, zu § 43 Bem. 1, Planck eod. Bem. 6.

44 Hatschek (s. den vorigen Paragraphen) behauptet, daß § 44 auch auf die Auflösung von rechtsfähigen Vereinen aus öffentlich-rechtlichen Gründen anzuwenden sei. Auch dies ist nicht anzunehmen. Dagegen ist ihm m. E. darin zuzustimmen, daß das G.B. sehr wohl imstande ist, auch öffentliches Recht abzuändern.

54 Über die rechtliche Stellung vor dem Inkrafttreten des B.G.B. begründeter Vereine ohne juristische Persönlichkeit: Jakobi, D. Juristenzeitung V S. 180 f.

Bei rechtsfähigen Vereinen findet bei Neuaufnahme von Mitgliedern keine Anteilsübertragung statt. Joerges, Zeitschrift f. Handelsrecht 49 S. 215.

Über die rechtliche Stellung nicht rechtsfähiger Vereine im allgemeinen: Staudinger, D. Juristenzeitung V S. 375 ff.: Schon der Ausdruck: „Vereine, die nicht rechtsfähig sind", ist nicht zutreffend. Denn sie haben nur nicht volle Rechtspersönlichkeit. — Über den Begriff des Vereins: S. 377: Als Verein im Sinne des B.G.B. erscheinen Personenvereinigungen, gerichtet auf einen bestimmten Zweck, berechnet auf vorerst unbegrenzte oder doch längere Dauer, in organisierter Gestaltung und mit individuell nicht abgeschlossener Zahl von Mitgliedern. Vgl. auch Blätter für Rechtsanwendung (zunächst in Bayern) 62 S. 313. — Mit Recht verneint St. die Frage, ob ein nicht rechtsfähiger Verein zum Erben eingesetzt oder mit Vermächtnissen bedacht werden kann. — Über die Unzulässigkeit der Beschränkung der Schuldenhaftung der Mitglieder durch das Statut: St. S. 377 unten.

II. Abschnitt. Sachen.

971 Zubehör. Schloßmann, Iherings Jahrbücher 5 S. 289 ff. Der Paragraph enthält eine latente Verweisung auf partikulares Gewohnheitsrecht. Eine dem eigentlichen Gedanken entsprechende Fassung des zweiten Satzes würde etwa lauten: Besondere Gewohnheitsrechte, nach welchen gewisse Zubehörstücke den für Zubehör geltenden Rechtssätzen entzogen sind, bleiben unberührt. Vgl. Motive III S. 63. Die Entstehungsgeschichte wie der Wortlaut des Paragraphen ergeben, daß der in ihm enthaltene Vorbehalt nur auf gewohnheitsrechtliche Normen bezogen werden darf, nicht aber auch auf partikulare Gesetzesnormen, die etwa den Begriff des Zubehörs enger, als im B.G.B. geschehen, begrenzen (S. 300).

Digitized by Google

III. Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

I. Titel. Geschäftsfähigkeit.

Über die Bewußtlosigkeit: Schultze in Kohlers Archiv f. bürgerliches Recht Bd. 17 S. 89 ff. 105 II

Fuchs, Gruchots Beiträge 44 S. 3 ff.: Die für den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes einmal erworbene Geschäftsfähigkeit wird durch das B.G.B. nicht berührt. Vgl. auch Stobbe, D. Privatrecht I § 28 Z. 2; anderseits Förster-Eccius, Pr. Privatrecht I § 10 Z. 1, Windscheid, Pand. I § 32 N. 4, Habicht, Einwirkung d. B.GB. S. 31. 112

II. Titel. Willenserklärung.

Die Behauptung Rambohrs in Gruchots Beiträgen 44 S. 119, daß nach einer von jeher anerkannten und auch im B.G.B. von jeher festgehaltenen Regel jeder Irrtum, wenn er überhaupt Beachtung findet, gegenüber den Rechtsgebilden eine zersetzende und zerstörende Wirkung ausübe, ist unrichtig und beruht auf einer Verwechselung des Irrtums im allgemeinen mit dem sogenannten Geschäftsirrtum. Vgl. z. B. Vangerow, Pand. I § 83, Regelsberger, Pand. I § 128 u. a. Die §§ 119—122 beziehen sich allerdings nur auf den sogenannten Geschäftsirrtum. 119 Irrtum.

Unterzeichnung schriftlicher Erklärungen durch Vertreter: Staub, D. Juristenzeitung V S. 338: Der Vertreter ist der Aussteller und er muß die Urkunde eigenhändig unterzeichnen. Aber mit welchem Namen? Der Inhalt der Vollmacht entscheidet, ob mit seinem oder mit dem Namen des Vertretenen. Anders bei der Ausstellung von Wechselerklärungen. Nach W.O. Art. 4 Z. 5, 12 muß der Name oder die Firma des Verpflichteten, nicht des Ausstellers, auf dem Wechsel stehen. Dagegen Müller eod. S. 497: Der Paragraph enthält überhaupt keine Vorschrift über die Vertretung. Er spricht nur von dem Aussteller und unterscheidet nicht, ob er die Erklärung im eigenen Namen oder in Vertretung eines anderen abgibt. Daher kann nur angenommen werden, daß das Wort „Namensunterschrift" in jedem Falle im gleichen Sinn gebraucht ist. Da der Aussteller zweifellos mit seinem Namen zu unter- 126 Schriftlichkeit.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

zeichnen hat, wenn er die Willenserklärung im eigenen Namen abgibt, so muß er dies auch thun, wenn er sie im fremden Namen abgibt. Die Namensunterschrift verfolgt den Zweck, die Autorschaft des Unterschreibenden als Bedingung der Rechtsgültigkeit der abgeschlossenen Willenserklärung erkennbar zu machen. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn der Aussteller die Urkunde mit seinem Namen eigenhändig unterzeichnet. — Ferner Heuer eod. S. 498 in Bezug auf die Unterschrift des Wechsels. Der Vertreter muß innerhalb seiner Vertretungsmacht mit seinem eigenen Namen unterzeichnen. Der Beidruck der vertretenen Firma ist zulässig.

Inhalt der schriftl. Erklärung.

Liebenthal eod. S. 297 f. Es ist nicht erforderlich, daß die Urkunde alles das enthält, was als schriftlich erklärt gelten soll. Daher ist es zulässig, bei der schriftlichen Vereinbarung eines Vertrages in dem einen Briefe (Annahme) auf den Inhalt des anderen Briefes (Angebot) Bezug zu nehmen, auch wenn im konkreten Falle Schriftlichkeit erforderlich ist.

130 Zugehen der Erklärung.

Leonhard, Iherings Jahrbücher V S. 34 ff.: Zugegangen ist eine Erklärung, wenn sie in die Hände des Adressaten oder seines Bevollmächtigten gelangt ist. In dieser Beziehung stimme ich zu. Aber mit dem weiteren Satze: Verweigert er die Annahme des Briefes, so ist diesem Erfordernis nicht Genüge geschehen, kann ich mich nicht einverstanden erklären. Das Zugehen verlangt nicht die Annahme; es ist ein einseitiger Akt. Der Vermieter z. B. würde es sonst in der Hand haben, die Kündigung zu vereiteln, indem er den Kündigungsbrief ablehnt. Richtig: Hölder S. 292. — Leonhard S. 49 ff.: Der § 130 bestimmt: 1. etwas über den Zeitpunkt der Wirksamkeit, woraus sich 2. ergibt, daß das Zugehen auch Voraussetzung der Wirksamkeit ist, und 3. daß die Erklärung bis zu diesem Moment widerruflich ist. Vgl. § 130 II. Auch die Wirkung bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Abgabe. Vgl. S. 55: Die Voraussetzungen der Gültigkeit und Wirksamkeit einer Erklärung sind nach dem Zeitpunkt der Abgabe zu bemessen. — S. 57: Die Ankunft der Erklärung ist: 1. Voraussetzung der Wirksamkeit, 2. regelmäßig bestimmend für ihre zeitliche Fixierung, 3. maßgebend für die Möglichkeit des Widerrufs.

134 Verbotene Geschäfte.

Hellmann, Archiv f. d. zivilistische Praxis, Bd. 90 S. 438: Ein allgemeines Gesetz des Inhalts, daß ein Rechtsgeschäft nichtig wird, wenn eines seiner Begründungserfordernisse nachträglich wegfällt, ist dem bürgerlichen Recht geradeso fremd wie dem gemeinen Recht. Der Satz gilt nur vereinzelt im Gebiete der Verfügungen

Digitized by Google

von Todeswegen. Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden gilt die Regel, daß das Geschäft in Zukunft keine Wirkungen mehr zu äußern vermag, in der Hauptsache nur im Recht der Schuldverhältnisse und hier nur bei nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung. Sonst gilt grundsätzlich die Regel: quae semel utiliter constituta sunt durare. Vgl. Windscheid I § 82 z. N. 11 u. B.G.B. § 275.

Börsengeschäfte, welche nach § 50 des Börsengesetzes untersagt sind, sind unter den ins Börsenregister eingetragenen Personen nicht nichtig. Vgl. Börsengesetz § 51, welches die Folgen des untersagten Börsenterminhandels erschöpfend regelt. Rosendorff, D. Juristenzeitung 5 S. 459.

137 Veräußerungsverbote.

Da das gebundene Miteigentum (Miteigentum zur gesamten Hand) kein Rechtsinstitut von allgemeiner Bedeutung ist, vielmehr nur im Anschluß an die einzelnen Fälle seines Vorkommens normiert wird, kann es abgesehen von diesen nicht vorkommen, weshalb ein nur auf die Bindung der Miteigentümer (Begründung der Gesamthand) gerichteter Vertrag in anderen Fällen der dinglichen Wirksamkeit entbehrt. Joerges, Zeitschrift f. Handelsrecht 49 S. 187. Vgl. § 1008.

137 I

Vgl. § 399 und Ramdohr, Gruchots Beiträge 44 S. 328: Solche ausnahmsweise zugelassene Veräußerungsverbote wird man nach den nämlichen Regeln zu behandeln haben, wie die gesetzlichen und behördlichen.

138 Sittlichkeit.

Jakobi, Iherings Jahrbücher N. F. V S. 1077: Der Ausdruck: gute Sitten bezeichnet nicht die Sitte, sondern die Sittlichkeit. Ebenso in § 826 und E.G. Art. 30. Korrekt ist der Ausdruck „Sitte" angewandt in den §§ 1568, 1575, 1666, 2333, 2336. — Im § 138 sind nur die unmoralischen, d. h. die unsittlichen Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt mit der Maßgabe, daß neben dem Inhalt des Rechtsgeschäfts auch die Gesinnung der Beteiligten in Betracht zu ziehen ist. S. 110: Rechtlich ist Unsittlichkeit im Sinn des Gesetzes nur dann vorhanden, wenn das unsittliche Moment im Inhalt oder im Zweck des Geschäftes zu Tage tritt. Thatsächlich ist dagegen im einzelnen Fall die Unsittlichkeit mit ihren gesetzlichen Folgen nur dann festzustellen, wenn dies der Kulturstufe des betreffenden Landesteiles entspricht und der Auffassung, welche im Kreise, in der Klasse, im Stande oder Berufe der Beteiligten herrschend ist. —? Dann würde der Paragraph in sein Gegenteil verkehrt und ein Schutzbrief für dunkle Ehrenmänner. — Vgl. auch Oertmann, Kommentar S. 562. —

Digitized by Google

III. Titel. Vertrag.

151 Vertragsschluß. Jakobi eod. S. 86: Das Verständnis des Paragraphen wird durch die Ausdrucksweise erschwert. Die Verfasser wollen nicht zugeben oder aussprechen, daß das Schuldverhältnis hier ohne Antragsannahme, mithin ohne Vertrag, zu stande kommt (vgl. Schloßmann, Der Vertrag, S. 55, 63 f.). — Aber wie verhält es sich mit der Nichtigkeit, Anfechtbarkeit u. s. w. von seiten des Gegners des Antragenden?

IV. Titel. Vertretung. Vollmacht.

167 Vollmacht. Josef in Gruchots Beiträgen 44 S. 425 führt in Bezug auf die Vereinigung mehrerer Rechtsanwälte aus, daß dann, wenn sich dieselbe nur auf die Gemeinschaftlichkeit des Bureaus bezieht, der Partei aus dem von ihr mit nur einem Rechtsanwalt geschlossenen Dienstvertrag nur gegen diesen, nicht gegen seinen Genossen Rechte zustehen. Das ist richtig. Unrichtig ist es aber, mit Josef daraus zu folgern, daß die Ausstellung einer auf beide Anwälte lautenden Vollmacht in diesem Falle trotzdem nur den einen Anwalt zum Prozeßbevollmächtigten machen würde, selbst wenn die Partei und der von ihr beauftragte Anwalt beabsichtigt hätten, auch den anderen zu bevollmächtigen. Dem steht entgegen, daß nach dem B.G.B. die Vollmacht nicht Vertrag, sondern einseitige Erklärung ist.

IV. Abschnitt. Verjährung.

222 I Verjährung. Regelsberger, Iherings Jahrbücher 5 S. 328 ff. führt aus, daß es Fälle gibt, in welchen der verjährte Anspruch gegen den Willen des Verpflichteten ihm gegenüber verwirklicht werden kann:

1. Aus § 222[1] folgt, daß die verjährte Forderung zur Zwangsaufrechnung untauglich ist. Vgl. auch Leonhard, Aufrechnung S. 206, Dernburg, Kompensation S. 473. Auch arg. c. contrario § 390[2]. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Verjährung der zur Aufrechnung zu verwendenden Forderung sich erst vollendet hat, nachdem ihr die Gegenforderung gegenüber getreten ist. Mit anderen Worten: die einmal begründete Aufrechenbarkeit fällt nicht dadurch hinweg, daß die Forderung nachher verjährt (S. 329).

2. Die Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen unterliegen selbständiger Verjährung. Wird der unverjährte Anspruch geltend gemacht, so kann der Beklagte, dessen Gegenanspruch verjährt ist, die

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorschützen (S. 330). Vgl. die §§ 638, 639 mit 471, Rehbein, Kommentar z. B.G.B. I S. 303.

3. Die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendung oder Schadenverursachung durch die Verjährung des Anspruches ausgeschlossen ist, ist zu verneinen (S. 334).

4. Der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit oder auf Aufhebung einer durch eine unerlaubte Handlung erlangten Forderung wirkt nach der Verjährung insoweit fort, als der Verpflichtete die Erfüllung verweigern kann. §§ 821, 853 (S. 335).

5. Der Gläubiger kann auch nach Verjährung der Forderung die Befriedigung aus der Hypothek oder dem Pfandrecht erwirken. § 233 I. Die Verjährung der Forderung erzeugt keinen Anspruch auf Hypothekenverzicht oder Rückgabe des Pfandes (§§ 1169, 1254) oder eines zur Sicherung der Forderung begründeten Rechtes. § 223 II.

Regelsberger a. a. O. S. 339: § 222 II sagt nicht, daß 222 II
die Berufung auf die Verjährung nur in den genannten Fällen ausgeschlossen sei. Darin weiche ich von R. ab. Derselbe sucht S. 340 darzuthun, daß das formlose Anerkenntnis genügt, um die Einrede der Verjährung auszuschließen. Aber dann ist nicht einzusehen, warum die Schriftlichkeit des Anerkenntnisses Voraussetzung seiner Unwiderruflichkeit ist. Denn von Rückforderung des Geleisteten ist doch keine Rede im Fall des § 222 II. Die Argumentation ist auch fehlerhaft: das formlose Anerkenntnis der verjährten Forderung ist nichtig; denn es begründet keine neue, von der alten causa losgelöste Forderung. § 781. Vgl. auch Endemann I § 93 II 2, Rehbein I S. 333. Richtig ist nur, daß das Anerkenntnis nicht widerrufen werden kann, wenn es sich auf eine verjährte Forderung bezieht, auch wenn es in Unkenntnis von der Verjährung erfolgt ist. Aber das setzt voraus, daß es selbst rechtlich bindend ist, und dies setzt die Schriftlichkeit voraus.

Regelsberger a. a. O. S. 335. Der Verzicht auf die Ver- 225
jährung ist nach der Vollendung zulässig, und zwar nicht nur im Prozeß. Insbesondere kann er durch Anerkennung der verjährten Schuld erfolgen. Dies setzt aber die Kenntnis von der vollendeten Verjährung voraus. Im Fall der Unkenntnis ist das Anerkenntnis aber nicht unwirksam, sondern es enthält nur keinen Verzicht. Dies folgt aus dem Zweck der Verjährung. Ein Anerkenntnis legt nur ab, wer sich seiner Schuld bewußt ist.

Digitized by Google

V. Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

226 Über das Verhältnis der Vorschrift zur exceptio doli generalis: Flechtheim, Gruchots Beiträge 44 S. 87 f.: Der Paragraph hat nicht nur Bedeutung im Sachenrecht, sondern auch für das Obligationenrecht. Es ist durch ihn mittelbar der Satz ausgesprochen: Dolo facit qui petit quod redditurus est. Vgl. Dernburg, Sachenrecht S. 225.

S. 96: Auf die Chikaneeinrede gegen Forderungen findet § 390 Anwendung. Vgl. auch die §§ 813, 886, 1169, 1254. Keine Anwendung findet die Chikaneeinrede auf die durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung auszuübenden Aufhebungsrechte. Es wird aber positiv eine ihr nachgebildete besondere Einrede gewährt: §§ 770, 1137, 1211, H.G.B. § 128, K.O. § 41 II, B.G.B. § 2083.

Vgl. Kipp bei Windscheid II S. 500 in Bezug auf die gemeinrechtliche Kontroverse über den Untergang der Obligation durch Wegfall des Gläubigerinteresses und dazu anderseits Krückmann im Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 90 S. 88 ff.

II. Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

I. Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

1. Titel. Verpflichtung zur Leistung.

241 Über Konfusion vgl. Hellmann, Archiv f. d. ziv. Prax. 90
305 S. 437.

243 Kisch in Grünhuts Zeitschrift f. d. private und öffentliche
Gattungsschuld. Recht 28 S. 259 gegen Oertmann, Kommentar zu § 243, Bem. 5b: Die Thatsache, daß früher eine Gattungsschuld vorlag, kann trotz Abs. II in einigen Beziehungen wichtig bleiben.

243 Leonhard, Iherings Jahrbücher N. F. 5 S. 29: Die Vereinfachung der Genusschuld tritt nur zum Vorteil, nicht zum Nachteil des Schuldners ein.

246 Über die Höhe der gesetzlichen Zinsen, insbesondere der Ver-
Zinsen. zugszinsen, aus Schuldverhältnissen, welche vor dem Inkrafttreten des B.G.B. begründet waren: Staub, D. Juristenzeitung 5 S. 42. Dagegen Brettner eod. S. 90. Dagegen wieder Hölder eod. S. 101 ff., Staub S. 111, 126 f., Goldenring S. 133 ff.

Digitized by Google

Über den Begriff der Schadenverursachung: M. Rümelin, Archiv f. d. ziv. Praxis 90 S. 175 ff. 249 Schadenersatz.

Vgl. auch Cosack, III. Aufl., Bd. I S. 320 zu Z. 4a.

Rümelin a. a. O. S. 252 ff.: Die Worte „welcher erwartet werden konnte" sind nicht auf den Beschädigenden zu beziehen; aber ebensowenig auf den Geschädigten. Vielmehr wird man sich auf einen objektiven Standpunkt zu stellen haben, wobei von der Basis sämtlicher zur Zeit der Beschädigung vorliegender, sofort oder später erkennbar gewordener Umstände auszugehen sein wird. 252

Über die compensatio lucri cum damno: Rümelin a. a. O. S. 276 ff.

Rümelin a. a. O. S. 307—318: Dem eigenen Verhalten des Verletzten darf nicht nur dann Bedeutung zukommen, wenn dasselbe bewirkt, daß zwischen dem Verhalten des schädigenden und dem schädlichen Erfolg gar kein adäquater Kausalzusammenhang mehr vorhanden ist. Dabei versteht R. mit v. Kries (Vierteljahrsschr. f. wissensch. Philosophie 12 S. 200 ff.) unter adäquatem Kausalzusammenhang die Fälle, wo das schädigende Moment allgemein geeignet ist, eine Tendenz hat, den betreffenden Erfolg hervorzubringen, im Gegensatz zum nur zufälligen Kausalzusammenhang, wo diese Tendenz nicht besteht. (Die gemeinrechtliche Lehre sprach hier unzutreffend von Unterbrechung des Kausalzusammenhangs.) 254

S. 309: Die Handlung des Dritten und die des Verletzten müssen beide conditiones sine qua non der eingetretenen Schadenswirkung sein. Und zwar muß sie zu beiden im adäquaten Zusammenhang stehen, wenn ein Mitwirken im Sinn des § 254 vorliegen soll.

S. 312 f. über die vorwiegende Verursachung: Es läßt sich hier die kausale Betrachtungsweise und das Werturteil, das wir über das Verhalten der Beteiligten fällen, nicht völlig trennen. Je mehr wir die Handlungsweise der einen Partei verurteilen, desto leichter werden wir geneigt sein, die andere Partei zu entschuldigen. So wird es trotz den Protokollen I S. 300 dazu kommen, daß mit der Schwere des beiderseitigen Verschuldens gerechnet wird.

S. 315 f. über die Bedeutung des Wortes „Verschulden" im § 254: Ist Zurechnungsfähigkeit erforderlich? Rümelin verneint dies mit Rücksicht auf § 829: Unter Verschulden ist jedes Verhalten zu verstehen, welches bei zurechnungsfähigen Personen Verschulden sein würde. Liegt dagegen auf seiten des zurechnungs-

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

fähigen Beschädigten überhaupt keine culpa vor, so findet § 254 keine Anwendung.

Über die schuldhaften Unterlassungen des Verletzten: Rümelin S. 321, 325 ff., 333: Es ist nicht die Verletzung einer bestimmten Rechtspflicht zu verlangen, sondern es genügt die Abweichung vom normalen Verhalten bezw. die Mißbilligung vom eigenen Interessenstandpunkt aus.

254 II Rümelin S. 335 f.: Die Aufklärungspflicht ist unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu betrachten. Ebenso Endemann I S. 600 N. 14; vgl. auch Schollmeyer Bem. 6a Abs. II b zu § 254.

262 Wahlschuld. Leonhard, Iherings Jahrb. N. F. 5 S. 2: Gesetzliche Wahlschulden in den Fällen der §§ 280 II, 281, 325 I 2, 557, 2307, 179.

263 Leonhard a. a. O. S. 4: Sind an der Alternativobligation aktiv oder passiv mehrere Personen beteiligt, so muß die Erklärung von allen ausgehen oder gegenüber allen erfolgen. Ebenso Planck II Bem. 3 zu § 263. Vgl. aber dagegen Schollmeyer Bem. 3 zu § 263 (S. 63), der mit Recht bemerkt, daß eine einheitliche Behandlung aller Fälle nicht möglich ist. Würde die Alternativität die Obligation zu einer unteilbaren im technischen Sinne machen — vgl. darüber für das gemeine Recht: Windscheid II § 255 N. 7, Ubbelohde, unteilbare Obl. S. 25, Pescatore, alternat. Obl. S. 161 f., anderseits Dernburg, Pand. II § 27 N. 8 — so würde die Frage wesentlich vereinfacht sein. Indessen war dies schon im gemeinen Recht nicht der Fall — vgl. freilich auch Binder, Korrealobligationen S. 129 N. 40 — und ist im bürgerlichen Recht davon um deswillen keine Rede, weil in dem Angebot der einen Teilleistung notwendig die Vereinfachung der Obligation liegt.

Leonhard S. 6 verneint die Frage, ob die Wahl jederzeit ausgeübt werden kann, meines Erachtens mit Unrecht. Die Alternativität der Leistung gibt dem Gläubiger größere Sicherheit gegen den Verlust seines Forderungsrechtes eben nur dann, wenn er selbst die Wahl hat, was grundsätzlich nicht der Fall ist. Beim alternativen Vermächtnis würde es übrigens der Meinung des Testators im Zweifel mehr entsprechen, dem Berechtigten die Wahl zu lassen. Das Gegenteil folgt aber aus § 2154 II.

Leonhard S. 23 f.: Aus dem Wesen der Wahlschuld folgt nicht die bindende Kraft der wörtlichen Wahl. Vgl. §§ 467 mit 349. Das ist richtig, wie L. auch zuzugeben ist, daß sie nicht ganz unbedenklich ist. Aber das Gesetz erkennt sie ausdrücklich an.

Digitized by Google

Leonhard S. 30: Die Vereinfachung der alternativen Schuld 262
tritt nun zum Vorteil, nicht zum Nachteil des Wahlberechtigten ein. Vgl. § 243.

Leonhard S. 31 nimmt an, daß die Wahl nicht zulässig sei, wenn die eine Leistung noch bedingt oder betagt sei. Meines Erachtens steht dem der § 271II entgegen. Der Schuldner ist in der Lage Erfüllung anzubieten; folglich muß er auch wählen können. Freilich ist das Ergebnis eigentümlich, daß der Schuldner die bedingte Leistung wählt und dann überhaupt frei wird, sobald die Bedingung ausfällt. Indessen fragt es sich, ob das Ergebnis anders ist, wenn die Bedingung vor der Wahl ausfällt. § 265 läßt die Konzentration der Alternativobligation nur — abgesehen von der Wahl — dadurch eintreten, daß die eine Leistung durch Zufall unmöglich wird. Der Ausfall der Bedingung macht also die Obligation nicht zu einer einfachen und daher ist der Schuldner zwar nicht mehr verpflichtet, eine von beiden Leistungen zu bewirken, aber auch nicht verpflichtet, die unbedingt versprochene Leistung zu machen; d. h. es entsteht für ihn eine peremptorische Einrede. Das entspricht auch den Regeln über die Vertragsinterpretation. Wenn ich mich verpflichte, 1000, oder, falls x eintritt, eine Species zu leisten, so ist entweder die ganze Obligation als bedingt gedacht, oder, wenn feststeht, daß nur die letztere Alternative bedingt sein soll, die Absicht zweifellos die, daß gegen den Schuldner beim Ausfall der Bedingung nicht einfach die condictio certae pecuniae zustehen soll. Regelmäßig wird in solchem Falle überhaupt keine Alternativobligation vorliegen, sondern die Absicht sein, daß an die Stelle der ausgefallenen Leistung die alternativ mit ihr versprochene treten solle. — Ebenso bei der betagten Obligation: der Inhalt ist: heute x oder morgen y. Der Gläubiger muß heute schon klagen können; denn es ist nicht die ganze Obligation betagt (oder ?) und der Schuldner muß die Leistung anbieten können. Jedenfalls das x. Denn das wird heute geschuldet, wenn auch nur alternativ. Daraus aber im Zusammenhang mit der Alternativität folgt weiter, daß der Schuldner auch die betagte Leistung wählen und auch dadurch das Schuldverhältnis vereinfachen kann. Freilich beweisen die Konsequenzen (gänzliche Befreiung durch nachträgliche Unmöglichkeit der gewählten Leistung), daß die Regelung der Sache im römischen Recht vor dem § 263 den Vorzug verdiente. Vgl. Windscheid II § 255 N. 9.

Leonhard S. 33 ff. über den Vollzug der Erklärung.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

263 I Leonhard S. 57: Die Erklärung der Wahl kann nicht bedingt abgegeben werden.

263 II Leonhard S. 63: Die Vorschrift ist nicht als allgemein richtig anzuerkennen. Die praktischen Folgen sind unannehmbar. Vgl. Pescatore, die alternative Obligation S. 137 ff. Wählt der Schuldner z. B. eine Geldleistung und rechnet mit ihr auf, so muß nach § 389 mit der Aufrechnung auf den Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens zurückgegangen werden und nach § 263 obendrein auf die Entstehung der Wahlschuld.

264 II Leonhard S. 4: Genügt eine einzige Erklärung des Schuldners, um den Gläubiger in Verzug zu setzen und ihm die Frist zur Vornahme der Wahl zu bestimmen? Bejahend jetzt auch Schollmeyer S. 67 Z. 2. Dagegen macht Leonhard geltend, daß dies dem Wortlaut des Paragraphen widerspreche und ebenso dem Interesse des Gläubigers. Aber es ist nicht einzusehen, warum die beiden Erklärungen nicht in einem Akte sollen vereinigt werden können, da doch das Gesetz kein Zwischenstadium vorschreibt. Lehnt der Gläubiger die ihm zugemutete Wahl ab, so befindet er sich im Verzug in dem Augenblick, wo die Aufforderung zur Vornahme der Wahl an ihn gelangt. Vgl. § 294; freilich auch Mot. II S. 8.

273 Zurückbehaltungsrecht. Vgl. zu § 394.

275 Unmöglichkeit. Über die rechtliche Unmöglichkeit der Leistung: Biermann, Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 91 S. 80 ff.: Eine Leistung die sich als verboten oder unsittlich darstellt, ist niemals unmöglich. (Gegen Endemann I § 127 zu N. 5). — Über die anfängliche subjektive Unmöglichkeit: Biermann S. 92 ff. gegen Dernburg, b. Recht II S. 131. Mit Recht hebt B. im Anschluß an Cosack, b. Recht I S. 339, hervor, daß der Gläubiger auf die subjektiv unmögliche Leistung klagen kann. Denn der Gläubiger ist meines Erachtens meist gar nicht in der Lage, zu wissen, daß die Leistung dem Schuldner unmöglich ist. Vgl. auch Schollmeyer S. 96 Bem. 3a. Übrigens enthält das G.B. selbst mittelbar den Beweis für die Gültigkeit des auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Leistungsversprechens. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das unbeschränkte Eigentum an der Sache zu verschaffen. Ist er nicht Eigentümer oder bestehen Beschränkungen, so ist ihm die Leistung, so wie er sie zu machen hat, unmöglich. Trotzdem ist der Vertrag gültig: § 440. Ist dagegen der Käufer bereits Eigentümer, so liegt objektive Unmöglichkeit vor.

Über die nachfolgende Unmöglichkeit: Biermann S. 97 ff.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

Der gemeinrechtliche Satz, daß ein gültig abgeschlossenes Rechtsgeschäft ungültig wird, wenn nach dem Abschluß des Geschäftes eine solche Veränderung der Umstände eintritt, daß es jetzt nicht mehr möglich sein würde (vgl. u. a.: Savigny, System IV S. 552 ff., Windscheid I § 82 N. 11), ist so allgemein nicht richtig. Bei Obligationen gilt nur die Regel, daß die Obligation untergeht, wenn die Leistung nachträglich unmöglich wird, ohne daß der Schuldner für die Unmöglichkeit einstehen muß. Das gleiche Prinzip stellt § 275 auf. Hellmann im Archiv f. d. ziv. Praxis 90 S. 429. Dagegen paßt die Regel nicht auf §§ 275II u. 279. Für die gegenseitigen Gebrauchsverträge läßt sich der Satz nicht festhalten: Hellmann S. 493 ff. 275 I

Biermann Archiv f. d. ziv. Praxis 91 S. 98 f.: Der Paragraph ist als Ausnahme von der Regel des § 275II strikt zu interpretieren und seine Anwendung darf daher keine Einschränkung aus Billigkeitsgründen erleiden, welche der klare Wortlaut nicht zuläßt. Vgl. auch Schollmeyer zu § 279. 279 Unverschuldete Unmöglichkeit bei Gattungsschulden.

Es ist hier objektive und subjektive Vorhersehbarkeit und überdies Verschulden erforderlich. Rümelin, Archiv f. d. ziv. Praxis 90 S. 250. 280, 285 Verschuldete Unmöglichkeit.

Kisch in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht Bd. 28 S. 259 gegen Oertmann, Kommentar, Bem. 2c: Zum stellvertretenden Commodum gehört nicht ein Entgelt, das der Schuldner durch Rechtsgeschäft über den Leistungsgegenstand erwirbt. Ersatz ist nicht = Äquivalent. 281

Ist das Schuldverhältnis nach dem bisherigen Recht zu beurteilen, so sind doch die Wirkungen des Verzugs, welcher unter dem neuen Recht eingetreten ist, nach dem letzteren zu beurteilen. Fuchs in Gruchots Beiträgen 44 S. 15 gegen Habicht, Einwirkung S. 156 ff. Vgl. oben zu § 246. 284 Verzug des Schuldners.

II. Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

I. Titel. Begründung.

Über das arbitrium merum im römischen Recht vgl. Schirmer, Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. 91 S. 136 ff. gegen die herrschende Pandektenlehre, welche in das B.G.B. aufgenommen worden ist. 317 Bestimmung der Leistung.

II. Titel. Gegenseitiger Vertrag.

Das Recht der Partei, die Leistung dauernd zu verweigern, erwächst ihr aus der Nichterfüllung des anderen Teils nicht ohne 320 Verweigerung der Leistung.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

weiteres. Schöller in Gruchots Beiträgen 44 S. 604 auf Grund E. I § 360.

321 Clausula rebus sic stantibus: Fritze, Archiv f. b. Recht 17 S. 46: Der Paragraph enthält einen ergänzenden Rechtssatz, keine bloße Auslegungsvorschrift (S. 48).

323 Unmöglichkeit. Martinius, Archiv f. b. Recht 17 S. 50 f.

324 Verschulden des Gläubigers. Kisch, Grünhuts Zeitschrift 28 S. 260 gegen Oertmann, Kommentar, Bem. 1 b zu § 324: Wird nachträglich die eigene Gegenleistung des Gläubigers, der die Unmöglichkeit der ihm geschuldeten Leistung zu vertreten hat, durch Zufall unmöglich, so erlischt dadurch keineswegs das Schuldverhältnis.

325 Verschulden des Schuldners. Über den Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen Schöller in Gruchots Beiträgen 44 S. 613 ff. Als Schadenersatz wird nur Entschädigung in Geld geschuldet. Von der Anwendung des § 249[1] ist keine Rede. (Ebenso Schollmeyer S. 203.) Abw. Planck II § 280 N. 3, § 325 Bem. 1 a. — Bei gegenseitigen Verträgen ist die Frage zu erörtern, ob die Nichtbewirkung der ursprünglich geschuldeten Leistung seitens des schuldigen Teiles auch auf die dem nicht schuldigen Teil obliegende Gegenleistung einen Einfluß ausübt. Darüber Schöller S. 608 ff., insbesondere darüber, ob der Anspruch auf Schadenersatz davon abhängig ist, daß die nicht schuldige Partei ihrerseits leistet. Schöller erörtert sehr gut die drei Möglichkeiten, darin bestehend, daß entweder der Schadenersatz die Gegenleistung vollkommen unberührt lasse, oder zwar der schuldige Teil nicht die Gegenleistung verlangen könne, aber der nicht schuldige Teil auch Schadenersatz nur erlangen könne, wenn er zur Bewirkung der Gegenleistung bereit sei (hinkender Vertrag) oder endlich der ganze gegenseitige Vertrag sich in einen einseitigen Schadenersatzanspruch des nicht Schuldigen gegen den schuldigen Teil auflöse (vgl. auch Schollmeyer S. 204, Planck II S. 100 Bem. 1 a, Cosack I § 99 Z. 2 a; Matthias I § 86 II c 2). Nach Schöller ist die erste Ansicht unhaltbar; denn wenn nach § 323 schon die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung die Wirkung hat, daß der andere Teil von der Pflicht zur Gegenleistung befreit wird, so muß die verschuldete Unmöglichkeit diese Wirkung erst recht haben. Vgl. Mot. II S. 209, Prot. I S. 639. Hieraus ergibt sich, daß der schuldige Teil den nicht Schuldigen zur Leistung auch dann nicht zwingen kann, wenn er selbst zur Leistung des vollen Schadenersatzes bereit ist. Über die zweite Möglichkeit, wonach der nicht schuldige Teil,

Digitized by Google

wenn er Schadenersatz verlangt, auch seinerseits erfüllen muß, aber nicht selbst zur Erfüllung angehalten werden kann, S. 616 ff.: Aus der Anwendbarkeit des § 323II auf § 325II läßt sich nichts folgern. Denn der Schadenersatz und das Recht aus § 325II sind ganz verschiedene Dinge. Auszugehen ist von §§ 325I2 und 326II: Das Interesse an der Erfüllung des Vertrages ist zu unterscheiden von dem Interesse an der Leistung des schuldigen Teiles. Da Voraussetzung der Entstehung des Schadenersatzanspruchs der Mangel des Interesses an der Erfüllung des ganzen zweiseitigen Vertrages ist, kann Voraussetzung der Geltendmachung dieses Anspruchs nicht die einseitige Erfüllung desselben Vertrages sein. Daher ist nach Schöller nur die dritte Auffassung die richtige.

Meines Erachtens ist auszugehen von dem Begriff des Schadenersatzes. Vorausgesetzt wird ein Schaden, den der eine Teil dadurch erleidet, daß dem anderen Teil die Leistung unmöglich wird oder er in Verzug gerät (§ 326). Wie kann er überhaupt den Schaden, die Differenz zwischen dem, was er hat und dem, was er haben würde, wenn der andere Teil erfüllt hätte, nachweisen? Beim Kauf kann es sich, wenn wir vom Verzuge absehen, nur um die Unmöglichkeit auf seiten des Verkäufers handeln. Der Käufer wird einen Deckungskauf vornehmen müssen, um überhaupt seinen Schaden berechnen zu können. (Vgl. das alte H.G.B. Art. 355 und dazu Staub §§ 17 bis 30.) Die abstrakte Schadenberechnung kann im Gebiet des B.G.B. allgemein nicht durchgeführt werden, weil sich nicht behaupten läßt, daß alle Gegenstände des bürgerlichen Kaufes einen Marktpreis haben (vgl. Staub § 19 zu Art. 355). Dann aber ist der Schadenersatzanspruch natürlich zu richten auf die Differenz zwischen dem vereinbarten und dem Deckungskaufpreis; von Erfüllung, d. h. Zahlung des ersteren, von seiten des Käufers kann natürlich nicht die Rede sein. Das gilt von allen gegenseitigen Verträgen, bei welchen die eine Leistung eine Geldleistung ist. Schwierigkeiten macht dagegen der Tauschvertrag. Ist hier die eine Sachleistung unmöglich geworden, so läßt sich dieses einfache Subtraktionsexempel nicht durchführen. Ich glaube aber, daß die Entstehung des § 325 aus Art. 355 H.G.B. darauf hinweist, daß dieser Fall geradeso zu behandeln ist wie der des Kaufvertrags, und § 515 B.G.B. läßt dies durchaus gerechtfertigt erscheinen. D. h. es wird sich das gegenseitige Schuldverhältnis in eine einfache Differenz-(Interesse)-Forderung verwandeln, bei welcher es ohne schwierige Schätzungen allerdings nicht abgehen wird. Sachlich ist daher meines Erachtens

Digitized by Google

Schöller durchaus zuzustimmen. Wenn im letztgenannten Falle (Tauschvertrag) dem X die Leistung unmöglich wird, so kann er nach § 323, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, die Gegenleistung nicht verlangen; argumento a minori ad maius gilt das Gleiche, wenn er die Unmöglichkeit vertreten muß. Vgl. den E. I § 368, welcher diese beiden Fälle ausdrücklich umfaßte (arg. e. contr. §§ 368 mit 369) und Prot. I S. 638: „Die gestellten Anträge bezwecken keine sachliche Änderung des Entwurfs". — Der Paragraph ist übrigens ein schlagender Beweis dafür, wie wenig angebracht unter Umständen die Herübernahme von handelsrechtlichen Vorschriften in das bürgerliche Recht und ihre damit verbundene Verallgemeinerung ist.

Über die Frage, ob der nicht schuldige Teil zur Leistung berechtigt bleibt, s. Schöller eod. S. 639 ff.

326 Verzug. Adler in Kohlers Archiv f. bürgerliches Recht 17 S. 139 ff.: Über das Verhältnis zu H.G.B. §§ 373, 376: Aus § 326 läßt sich nicht deduzieren, daß der Verkäufer durch den Verzug des anderen Teiles von der Pflicht zur Lieferung befreit wird und gleichzeitig Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern kann. Vgl. auch Oswalt, Deutsche Juristenzeitung IV S. 214, Lehmann in Lehmann und Ring, H.G.B. II S. 114 ff.

Ich möchte dazu bemerken: In Bezug auf den Lieferungsverzug des Verkäufers ist auf das zu § 325 Bemerkte zu verweisen. In Bezug auf den Zahlungsverzug des Käufers dagegen entsteht eine neue Komplikation. Durch die Verpflichtung des Verkäufers zum Selbsthilfeverkauf für Rechnung des Käufers hatte das H.G.B. Art. 354 dieselbe sehr einfach gelöst. Aber das B.G.B. hat diesen Modus nicht herübergenommen. Dadurch entsteht die von Adler behandelte Frage, welche ich abweichend von ihm beantworten möchte. Der Verkäufer wird gar nicht anders als durch einen Selbsthilfeverkauf, wenn auch für eigene Rechnung, die Höhe des erlittenen Schadens nachweisen können, und durch diesen wird ihm die Gegenleistung an den säumigen Käufer unmöglich. Infolgedessen ist auch hier anzunehmen, daß sich durch den Ablauf der dem Schuldner gesetzten Frist das Schuldverhältnis in eine einfache Interessenforderung verwandelt. Vgl. H.G.B. § 376 und dazu Begründung S. 235, 236 oben, wo dem Verkäufer das Recht des Selbsthilfeverkaufs ausdrücklich gewährt und damit meiner Argumentation die rechte Grundlage gegeben wird. Vgl. auch Prot. I S. 644/645, II 62—64.

Der Grundsatz des § 323[1] findet auch beim bloßen Verzug des Schuldners Anwendung: Schöller bei Gruchot 44 S. 614 ff.

Digitized by Google

III. Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

328 Ehrenberg, Iherings Jahrbücher N. F. 5 S. 367: Ein Lebensversicherungsvertrag ist nicht notwendig auf die Leistung an einen Dritten gerichtet. Denn es ist nicht richtig, daß die Versicherung stets nach dem Tode des Versicherten fällig wird; und auch wenn dies der Fall ist, trifft diese Auffassung nicht zu, weil beim Vertrag auf Leistung an Dritte nach dem B.G.B. der Dritte stets neben dem Versprechensempfänger oder an seiner Stelle die Stellung eines wirklichen Gläubigers einnehmen soll, was nicht möglich ist, ohne daß seine Person als bestimmte oder doch wenigstens als bestimmbare von den Parteien vereinbart ist.

330 Lebensversicherungen u. ähnliche Verträge. Ehrenberg a. a. O. S. 386 f.: Die Auslegungsregel findet auch auf die abgekürzte Lebensversichernng Anwendung.

331 II Leistung nach dem Tode. Ehrenberg a. a. O. S. 382: Die Auslegungsregel trifft nach ihrem Wortlaut nicht die abgekürzte Lebensversicherung; ja genau genommen auch nicht die gewöhnliche lebenslängliche Versicherung, weil auch hier die Versicherungssumme möglicherweise noch bei Lebzeiten des Versicherten gezahlt werden soll. Indessen ist die Meinung zweifellos eine andere. In allen diesen Fällen soll der Begünstigte bei Lebzeiten des Versicherten noch gar kein Recht erwerben und daher unterbleibt für ihn jeder Rechtserwerb, wenn die Leistung vor dem Tode des Versicherten zu erfolgen hat.

332 Vorbehalt der nachträglichen Bezeichnung des Dritten. Wenn im Lebensversicherungsvertrage dem Versicherten die Befugnis eingeräumt ist, eine Person zu nennen, der die Versicherung zu gute kommen soll, so genügt die einseitige Bezeichnung durch den Versicherten. Ehrenberg a. a. O. S. 362; vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 222, 229 N. 438. Dies kann durch Verfügung von Todeswegen geschehen; aber auch durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung an den Versicherer. Dabei genügt nicht stets die Bezeichnung der berechtigten Dritten als „Erben" des Versicherten; denn der Anspruch des letzteren kann schon bei seinen Lebzeiten fällig werden. (Abw. Hellwig S. 358).

IV. Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

343 Flechtheim, Gruchots Beiträge 44 S. 94 (gegen Planck II zu § 343 N. 1): Die Herabsetzung der Forderung kann auch durch Einrede erreicht werden. Der Paragraph spricht nur von dem Anspruch und läßt die Einrede unberücksichtigt. Dieselbe ist aber im § 226 begründet.

Digitized by Google

III. Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

I. Titel. Erfüllung.

362 Erfüllung. Über die Aufhebung der Obligation durch concursus duarum causarum lucrativarum im B.G.B.: Hellmann, Archiv f. d. ziv. Praxis 90 S. 433; vgl. Endemann I S. 633. Hellmann führt die Aufhebung in diesem Falle auf die nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung zurück; vgl. dazu auch meine Korrealobligationen S. 45 N. 36 und Schollmeyer, Kommentar S. 98 N. 3.

364 II Hingabe an Erfüllungsstatt. Über die Novationsfrage vgl. Ackermann bei Gruchot 44 S. 579 ff., Schollmeyer S. 281 Bem. 3 (gegen Cosak § 109, Endemann I § 143 II 1). Mit Unrecht faßt aber Ackermann den Sinn des § 364 II so auf, daß die neue Verpflichtung die frühere Verbindlichkeit nach den Grundsätzen der datio in solutum nur dann aufhebe, wenn Gläubiger und Schuldner darüber einig sind, daß die neue Verpflichtung an Erfüllungsstatt eingegangen und angenommen worden ist, während als Regel die neue Verbindlichkeit der früheren auf den nämlichen Gegenstand einfach hinzutrete, so daß der Gläubiger die Wahl habe, ob er aus der ersten oder der zweiten Verbindlichkeit oder aus beiden zugleich seinen Anspruch erheben wolle. Es wird dabei ja keineswegs wie bei der Novation des römischen Rechts Identität des geschuldeten Gegenstandes vorausgesetzt. Vielmehr ist der Gegensatz zur Begründung eines Schuldverhältnisses an Erfüllungsstatt die Begründung nur erfüllungshalber (Schollmeyer S. 282) und dabei ist es, wie bei der ersteren, gleichgültig, ob die Gegenstände identisch sind oder nicht; meist wird sogar das letztere der Fall sein.

II. Titel. Hinterlegung.

372 Hinterlegung. Die Hinterlegung nach C.P.O. § 75 ist eine Hinterlegung nach G.B. 372. Müller, Iherings Jahrbücher V S. 420. Ebenso in C.P.O. §§ 839, 853, 854. Jedoch gelten hier die Vorschriften des G.B. nur insoweit, als nicht die besonderen Normen des Zwangsvollstreckungsrechtes eingreifen. Eine echte Hinterlegung liegt vor in H.G.B. § 301 II, § 90 des Gesetzes über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, § 73 des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, W.O. Art. 40, 73, 98 Z. 5, 9.

Nur der Schuldner, nicht ein Dritter kann hinterlegen. Müller a. a. O. S. 423. Ebenso Planck II S. 156 Bem. 3;

Digitized by Google

Schollmeyer S. 299 Bem. 3. (Anders die Motive II S. 98.) Regelmäßig hat der Gläubiger kein Recht auf Hinterlegung. In den Ausnahmefällen (Müller S. 424 ff.) ergeben sich Schwierigkeiten wegen des Rücknahmerechtes, welches nach § 376 dem Schuldner zusteht. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 443 ist der Ansicht, der Schuldner habe unter Verzicht auf das Rücknahmerecht zu hinterlegen. Müller S. 427 meint dagegen, daß es Sache des Gläubigers sei, durch Erklärung der Annahme gegenüber der Hinterlegungsstelle die Gefahr der Rücknahme auszuschließen. Wie Hellwig: Schollmeyer S. 299 Bem. 3 a. E.

Der Hinterlegungsvertrag ist ein Verwahrungsvertrag zu gunsten eines Dritten. Müller S. 470 ff. Etwas anders Schollmeyer S. 300: Es liegt in dem Abschluß des Vertrages mit der Hinterlegungsstelle zugleich ein Vertrag zu gunsten des Gläubigers. Vgl. die Litteratur bei Müller S. 473. Die Hinterlegung ist keine Traditionsofferte an den Gläubiger, wie Kohler, Archiv f. b. Recht 13 S. 209 ff. annimmt. Denn der Gläubiger erwirbt sofort ein Recht auf Aushändigung, ohne daß es einer Annahmeerklärung bedarf; es entsteht vielmehr auch ohne daß der Gläubiger davon weiß, ja auch wenn der Gläubiger die Hinterlegung ausdrücklich zurückweist (S. 475 f.).

378 Bei ausstehender Gegenleistung.

Müller a. a. O. S. 512 N. 238: Nach Empfang der Gegenleistung muß der Schuldner eine die Empfangsberechtigung des Gläubigers anerkennende Erklärung ausstellen. Der Gläubiger darf aber die Gegenleistung nicht verweigern, bis ihm der Schuldner die Erklärung ausstellt. Ebenso Planck II Bem. 4 zu § 378.

376 Rücknahmerecht.

Das Recht des Gläubigers wird unwiderruflich, wenn er die Annahme der Hinterlegung erklärt hat; die thatsächliche Empfangnahme kann später nachfolgen. Müller, Iherings Jahrbücher V S. 480 (ebenso Schollmeyer S. 308) gegen Kohler, Archiv f. b. Recht 13 S. 211, Kuhlenbeck, Komm. I § 373 N. 1. — Auch die Annahme, die der Gläubiger dem Schuldner erklärt, ist nicht wirkungslos. Sie hat nicht die Wirkung einer Zession des schuldnerischen Rücknahmerechtes an den Gläubiger, welche gegenüber der Hinterlegungsstelle erst dann wirken würde, wenn sie ihr mitgeteilt ist (§ 407, so Hellwig S. 450 N. 908), sondern sie verpflichtet nur den Schuldner, das Rücknahmerecht nicht auszuüben. Müller S. 481.

Zu C.P.O. § 75: Müller S. 495 gegen Planck Bem. 4 zu § 376: Zur Zurücknahme der hinterlegten Sache ist eine Ein-

Digitized by Google

willigung der streitenden Gläubiger nicht notwendig, wenn keiner obsiegt.

377 Verpfändbarkeit. Einwendungen vom legislativen Standpunkt aus bei Müller, Iherings Jahrb. V S. 492 f. — S. 500 N. 212. Nach Kohler Archiv f. d. Recht XIII S. 222 ist die Unpfändbarkeit des Rücknahmerechts auch zu gunsten der Bürgen und Gesamtschuldner vorgeschrieben. Dagegen Müller a. a. O.

378 Wirkung der Hinterlegung. Nach Planck N. 4 zu § 378 bleibt der Schuldner Eigentümer bis zur Empfangnahme des Hinterlegten durch den Gläubiger. Dagegen Müller a. a. O. S. 518 f. — Die Frage ist einfach nach den Grundsätzen des Sachenrechts zu beantworten.

379 Der Schuldner hat die Voraussetzungen der Hinterlegung zu beweisen. Müller a. a. O. S. 430. — S. 512: Durch die widerrufliche Hinterlegung wird nur eine Einrede begründet. Die Folge ist, daß die accessorischen Rechte bestehen bleiben, doch mit der Modifikation der §§ 768, 423, 1228II. Anders Kohler, Archiv f. d. Recht 13 S. 215.

379 II Rückwirkende Kraft der Rücknahme: Müller a. a. O. S. 513 gegen Kohler S. 215. Vgl. auch Oertmann, Bem. 3 zu § 379, Schollmeyer S. 316 Bem. 2.

382 Ein Schuldverhältnis, dessen Gegenstand dreißig Jahre lang unter der Möglichkeit des Widerrufs hinterlegt war und nun zurückgenommen wird, bleibt getilgt. Müller a. a. O. S. 515. Ebenso Kohler a. a. O. S. 229; abw. Planck, Bem. 1 zu § 382.

382 Erlöschen des Rechts des Gläubigers. Unterbleibt die Anzeige wegen Unthunlichkeit, so beginnt die Frist überhaupt nicht zu laufen. Müller S. 384. Abweichend außer den dort Angegebenen: Schollmeyer S. 319 Bem. 2. Müller S. 453 ff.

383 Verkaufsrecht des Schuldners. Über die Frage, ob ein Verstoß gegen die Vorschriften über den Versteigerungsort die Versteigerung gegenüber dem Gläubiger unwirksam macht oder nur die Pflicht zum Schadenersatz begründet:

383 I Müller S. 457 ff. mit Planck II Bem. 3 zu § 383 und Staub, Kommentar z. H.G.B. § 15 zu Art. 343, gegen Kuhlenbeck I Bem. 3 zu § 383 und Oertmann eod.

Durch den Verkauf tritt an die Stelle der Sachleistungspflicht nicht die Pflicht zur Geldleistung, sondern das auf die Sachleistung gerichtete Schuldverhältnis wird im Gegensatz zum H.G.B. erst getilgt durch die Hinterlegung. Müller a. a. O. 5 S. 461 gegen Kohler, Archiv f. d. Recht 13 S. 239 ff. Vgl. die Denkschrift zum H.G.B. S. 192.

Digitized by Google

Der erzielte Erlös muß nicht dem Gläubiger angeboten, sondern kann sofort hinterlegt werden. Müller S. 463 gegen Kuhlenbeck N. 1 zu § 383.

Über das Verhältnis des § 384 zu § 42 der Weimarischen Gesindeordnung: Neumann, Bl. f. Rechtspflege in Thüringen 47 S. 193 ff. 384

III. Titel. Aufrechnung.

Über die Natur der Aufrechnung: S. unten zu § 770. 387

Über die Frage, ob die Aufrechnung im Prozeß einer Spezialvollmacht bedarf: Wach, Zeitschrift f. deutschen Zivilprozeß 27 S. 3 ff.; daselbst auch die weitere Litteratur. Wach führt den Nachweis, daß das Geltendmachen der Aufrechnung immer eine Einrede im Sinne der C.P.O. ist. Das Wort „Einwendung" hat in der C.P.O. überhaupt keine technische Bedeutung (S. 10). Das Ergebnis ist: Der Prozeßbevollmächtigte kann nicht nur die geschehene Aufrechnung einredeweise geltend machen, sondern auch aufrechnen, ohne einer Spezialvollmacht zu bedürfen. 388 Aufrechnungserklärung.

Vgl. § 226. 390 Unzulässigkeit der Aufrechnung.

Über die Unzulässigkeit des Abzugs einer Ordnungsstrafe vom Arbeitslohn: V. Frankenberg, D. Juristenzeitung 5 S. 91 ff. 394

Burchardt, D. Juristenzeitung V S. 263 ff.: Über das Verhältnis zu § 273: Das Zurückbehaltungsrecht steht zu, auch wenn die Aufrechnung ausgeschlossen ist, sofern nur die Forderungen aus dem nämlichen Schuldverhältnisse entstanden sind. 394

Über die Frage, ob § 115 der Reichsgewerbeordnung durch § 394 beseitigt ist, S. 264. — Ist die Anrechnung der gewährten Aufwendungen bei der Lohnzahlung durch § 394 ausgeschlossen? Burchardt verneint es unter Berufung auf § 273. D. h.: Die Aufrechnung wäre zwar ausgeschlossen, nicht aber die Zurückbehaltung. Durch die Vereinbarung der Anrechnung auf den Lohn werden die beiden Geschäfte, Dienst- und Kaufvertrag, zu einem einheitlichen Geschäfte, weshalb § 273 anwendbar ist (?!).

IV. Titel. Erlaß.

Ackermann bei Gruchot 44 S. 576. 397 II

IV. Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Rambohr bei Gruchot 44 S. 684: Der § 405 ist der einzige Fall des Schutzes des gutgläubigen Nichtgläubigers. Es muß sich nicht notwendig um Eigentumsabtretungen handeln; vielmehr müssen 405 Gutgläubiger Erwerb der Forderung.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

die nämlichen Wirkungen auch dann eintreten, wenn immer durch Rechtsgeschäft Befugnisse für einen Erwerber in Ansehung der Forderung begründet werden. Vgl. §§ 1069/70, 1274/75, 718. Beruht der Erwerb auf anderen Thatsachen, so versagt der Schutz. § 412. Erkenntnisquelle für den Erwerber bildet die Urkunde, und diese muß in fehlerloser Weise entstanden sein. Hat sie der Schuldner nicht ausgestellt, so hilft auch der Glaube an die Echtheit den Erwerber nicht über den Mangel hinweg. Ramdohr S. 685. Abweichend vom Schutz des Schuldners ist beim Gläubigerschutz schlechter Glaube nicht nur die Kenntnis, sondern auch die schuldhafte Unkenntnis des wahren Sachverhalts.

406 Aufrechnung gegen den Bestionar.

Es gibt mehrfach Fälle, in welchen jemand zur Leistung in Bezug auf fremde Schulden berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Z. B. §§ 268, 893, 1142, 1223 II, 1225, 1249. Solche Dritten sind keine Schuldner im Sinne des G.B.s und können für sich daher nicht den Schutz des guten Glaubens in Anspruch nehmen. Dieser gebührt vielmehr allein dem Schuldner. Die Bedeutung des Schutzes besteht darin, daß der Schuldner das einmal vorhandene Schuldverhältnis als so lange bestehend annehmen darf, bis er Kunde von der erfolgten Umgestaltung erhalten hat. Ramdohr bei Gruchot 44 S. 675 f. Die Vorschriften der §§ 406 ff. sind entsprechend anwendbar auf alle Umgestaltungen des Schuldverhältnisses, sofern deren Unkenntnis dem Schuldner schädlich zu werden vermag (S. 676). So wird der Schuldner immer an den solutionis causa adjectus mit Sicherheit zahlen können, nicht aber an den Inkassomandatar, weil dieser zu ihm in keiner rechtlichen Beziehung steht (?).

407 I Leistung an den bisherigen Gläubiger.

Ramdohr a. a. O. S. 679: Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf einseitige als zweiseitige Rechtsgeschäfte (ebenso Schollmeyer I S. 379).

408 Mehrmalige Übertragung.

Ramdohr S. 682: Schlechter Glaube ist für den Schutz des Schuldners im Obligationenrecht Kenntnis von der geschehenen Veränderung; fahrlässige Unkenntnis kommt nicht in Betracht.

VI. Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

421 Gesamtschuldner.

Schließt eine Partei mit mehreren Rechtsanwälten einen Dienstvertrag in der Weise ab, daß beide Anwälte bevollmächtigt und verpflichtet werden, daß einer oder der andere von ihnen den Dienstvertrag erfülle, so liegt kein Gesamtschuldverhältnis vor. Denn

Digitized by Google

nicht der Gläubiger, sondern die Schuldner bestimmen, wer von ihnen den Vertrag erfüllt. Josef in Gruchots Beiträgen 44 S. 424. Trotzdem sollen nach Josef die Grundsätze über das Gesamtschuldverhältnis Anwendung finden. Vgl. S. 427 ff., 545 ff.

VII. Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

I. Titel. Kauf. Tausch.

433 Verpflichtung des Verkäufers.

Martinius in Kohlers Archiv f. b. Recht 17 S. 50 f.; S. 68: Die Vorschrift ist in dieser Form entbehrlich. Die Pflicht zur Übergabe ergibt sich aus der Pflicht zur Eigentumsverschaffung von selbst.

433 II

Müller, Iherings Jahrbücher 5 S. 412, gegen Kohler, Archiv f. b. Recht 13 S. 174 ff.: Klage auf Abnahme.

440 Rechte des Käufers.

Martinius, Archiv f. b. Recht 17 S. 67: Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ist beim Kauf vom Untergang der Sache abhängig. Der Gesetzgeber wollte verhüten, daß der Käufer Schadenersatz erlange und doch im Besitz und Genuß der Sache verbleibe. Daraus ergibt sich eine eigentümliche Konsequenz in Bezug auf § 446: Beim zufälligen Untergang der übergebenen beweglichen Sache, an der ein Dritter Eigentum hat, hat der Käufer den Kaufpreis zu bezahlen bezw. er darf ihn nicht zurückfordern (§ 446); aber er kann den Kaufpreis doch auf Grund des § 326, wenn dessen besondere Voraussetzungen vorliegen, zurückbehalten bezw. zurückfordern.

446 Gefahr.

Martinius a. a. O. S. 52 f.: Der Paragraph ist eine Ausnahme von dem Prinzip des § 323. Aber bis zum Moment der Übergabe beim Kauf beweglicher Sachen und bis zum Moment der Übergabe oder der Eintragung im Grundbuch beim Kauf von Grundstücken bewendet es bei dem Prinzip des § 323.

Die Übergabe begreift auch die Fälle der §§ 923², 930, 931 und 985 (S. 54, 56).

Würde man mit Eccius, Gruchots Beiträge 41 S. 883 annehmen, daß die Gefahr beim Verkäufer bleibt, wenn von vornherein die Übergabe auf einen früheren Zeitpunkt verabredet war als die Eigentumsübertragung, so würde man die Vorschrift des § 446 vollständig streichen müssen (S. 60).

Über den mehrfachen Verkauf derselben Sache: S. 71 ff.: Prinzipiell ist auf Grund des § 446 die Leistungspflicht der beiden Käufer zunächst zuzugeben; § 323 ist nicht heranzuziehen. — Über

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

den Einfluß der Kenntnis des Verkäufers vom Abschluß des ersten Kaufs beim Abschluß des zweiten: S. 72.

Mit Recht hebt Martinius S. 75 hervor, daß man Eigentum auch an einer Sache verschaffen kann, die einem Dritten gehört, und daß daher die Frage, ob die Käufer beim Untergang der mehrfach verkauften Sache auf den Kaufpreis haften, nicht nach dem Gesichtspunkt der verschuldeten Unmöglichkeit entschieden werden kann. Vgl. freilich Schollmeyer S. 95 Vorbem. 2a vor § 275. In der That läßt sich nicht behaupten, daß ein unerfüllter Kaufvertrag dadurch aufgehoben wird, daß der Verkäufer nachträglich das Eigentum der verkauften Sache verliert, z. B. durch Ersitzung von seiten eines Dritten. Vielmehr kommt es wohl darauf an, ob ihm dadurch die Erfüllung unmöglich wird, was quaestio facti ist — vgl. z. B. die §§ 932, 936. (Anders, wenn der Käufer selbst aus anderem Titel der Eigentümer wird. Dann liegt objektive Unmöglichkeit vor.)

Kisch, Grünhuts Zeitschrift f. d. private u. öff. Recht 28 S. 260 gegen Oertmann, Kommentar Bem. 5c zu § 446: Wird eine Sache unter einer Resolutivbedingung verkauft, übergeben und bezahlt, und tritt nach ihrem zufälligen Untergang die Bedingung ein, so kann der Käufer den bezahlten Kaufpreis zurückverlangen.

447 II Versendungskauf.

Rümelin, Archiv f. d. zivil. Praxis 90 S. 275: Es handelt sich hier nicht nur um den adäquat verursachten Schaden, sondern auch um den durch die Mißachtung der Versendungsanweisungen bedingten kasuellen Schaden. Vgl. auch S. 286 ff. mit Rücksicht auf R.G. Bd. 28 S. 159.

462 Wandlung oder Minderung.

Über die Frage, ob der Wandlungsanspruch einredeweise geltend gemacht werden kann, s. Flechtheim in Gruchots Beiträgen 44 S. 78 f. Die Behandlung des Wandlungseinwandes macht dann keine Schwierigkeiten, wenn die verkaufte Sache noch nicht übergeben war. Bedenken erheben sich dagegen, wenn der Käufer die Sache empfangen hat. Ist hier die Geltendmachung der vollzogenen Wandlung davon abhängig, daß der Käufer die Sache zurückgibt? F. verneint das mit Planck Bem. 3a zu § 478. Die Unbilligkeit dieses Resultats korrigiert sich dadurch, daß der Verkäufer in die Wandlung nicht einwilligen muß, falls ihm nicht die Rückgabe der Sache angeboten wird. Es ist auch eine Verurteilung des Verkäufers denkbar, Zug um Zug gegen Rückgabe in die Wandlung zu willigen, vgl. C.P.O. § 894.

465

Flechtheim, Gruchots Beiträge 44 S. 71 N. 10 gegen

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

Endemann I S. 722 N. 13: Es ist ohne praktischen Belang, ob die Wandlungsklage auf Verurteilung zur Einwilligung in die Wandlung oder auf richterliche Wandlung geht. — Die von Endemann a. a. O. gegen die Anwendung des § 779 C.P.O. auf die Minderungsklage erhobenen Bedenken sind auch m. E. unbegründet. Vollzug der Wandlung oder Minderung.

Flechtheim a. a. O. S. 72 gegen Eccius, Gruchots Beiträge 43 S. 316 ff., nach welchem die Wandlung, abgesehen von dem Fall des § 465, erst vollzogen ist mit der Annahme der Rückleistung oder der Abweisung der Klage auf Zahlung des Kaufpreises: Die Folge wäre, daß der Käufer sofort auf Rückzahlung des Kaufpreises klagen kann und muß. Dagegen führt Flechtheim aus, daß es sehr wohl möglich ist, daß die Wandlung auf Grund des § 779 C.P.O. erfolgt und in dem Urteil, welches die Einwilligung des Beklagten ersetzt, zugleich die Pflicht zur Rückgewähr des Kaufpreises ausgesprochen wird. Vgl. auch Kohler, Archiv f. d. ziv. Praxis 80 S. 288. Die Folge davon aber, daß der eine Anspruch dem anderen präjudiziell ist, ist, daß die Verurteilung zur Rückleistung nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann. Das gilt gleichmäßig für sämtliche Aufhebungsansprüche. 465

Über die Frage, wie es sich verhält, wenn der mit der Minderungsklage auftretende Käufer mehr begehrt, als ihm der Richter zuerkennen will, Flechtheim a. a. O. S. 76 ff. An sich steht nichts im Wege, daß der Richter, wenn der Kläger Minderung um $^1/_3$ begehrt, den Beklagten zur Einwilligung in die Minderung um $^1/_4$ verurteilt. Es kommt aber dabei auf den Sinn der Klage an. Verlangt der Käufer nur dann die Minderung, wenn sie in dem verlangten Betrage gewährt wird, so wird die Klage abgewiesen werden müssen, wenn der Richter die Minderung nur um $^1/_4$ für zulässig hält. — Das ist m. E. unrichtig. Einen bedingten Klageantrag kennt die C.P.O. nicht; vgl. § 230 Z. 2; daher ist jedes auf eine bestimmte Minderungssumme gerichtete Klagpetitum ebenso wie bei jeder anderen Klage als kategorisch gestellt zu betrachten. Die Minderungssumme in das Ermessen des Gerichts zu stellen wäre überhaupt unzulässig. Wie aber in anderen Fällen der Richter die Klage nicht wegen einer Pluspetitio abweisen darf, so kann er auch hier das übergroße Petitum herabsetzen. Sache des Klägers, der damit nicht einverstanden ist, wäre es, die Berufung einzulegen und eventuell zur Wandlung überzugehen. Dies ermöglicht § 465; denn durch die Verurteilung des Beklagten zu einem Minus ist die 465

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

Minderung ebensowenig zustande gekommen, wie durch ein geringeres Gegenangebot von seiten des Oblaten der Vertrag.

478 Verweigerungsrecht nach Verjährung.

Von dem Einwand der vollzogenen Wandlung zu unterscheiden ist die Vollziehung der Wandlung durch Einrede. Darüber Flechtheim a. a. O. S. 83 ff. gegen Planck II Bem. 3a zu § 478. Nach letzterem ist die Einrede ausgeschlossen, weil nach § 322 C.P.O. die Entscheidung über die Einrede nicht der Rechtskraft fähig ist; die Einwilligung des Klägers in die Wandlung also nicht suppliert werden kann. Trotzdem hält F. die Wandlungseinrede nicht ganz für ausgeschlossen, wie dies Neumann, B.G.B. zu § 462 N. 7 behauptet. Denn auf Grund des § 226 ist es möglich, dem Verkäufer, der die Zahlung des Kaufpreises fordert, entgegenzuhalten, daß man berechtigt ist, Wandlung oder Minderung zu begehren. Der Käufer hat aber, wenn der Verkäufer auf das Wandlungsverlangen hin Rückgabe der Sache verlangt, nur dann die Wandlungseinrede, wenn er die Sache vorher angeboten und den Verkäufer in Annahmeverzug gesetzt hat. Abw. Planck Bem. 3a zu § 478.

Flechtheim S. 91: § 478 enthält nur Bestimmungen über die Voraussetzungen der Perpetuierung und die Tragweite der Einrede. Nicht aber über die Voraussetzungen der Einrede selbst.

S. 93: Auch nach Abweisung der Klage kann sich der Verkäufer mit der vom Käufer einredeweise verlangten Wandlung einverstanden erklären und dadurch den Anspruch auf Rückgabe erlangen.

III. Titel. Miete. Pacht.

535 Begriff der Miete.

Über die rechtliche Natur des Vertrages auf Einräumung einer Stahlpanzerkammer zur Aufbewahrung von Wertpapieren (Miete oder Verwahrung?): Wilutzky, D. Juristenzeitung V S. 295: Es liegt ein Mischverhältnis vor. — Haucke eod. S. 389 erklärt dagegen den Vertrag für einen einfachen Verwahrungsvertrag, für den freilich die Vorschriften des B.G.B. nicht ausreichen. (Pactum de deponendo.)

559 Pfandrecht des Vermieters.

Die Frage, ob das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters auch die vom Mieter eingebrachten Sachen Dritter ergreift, wird von Scherer, Deutsche Juristenzeitung 5 S. 202 f. mit Rücksicht auf die §§ 1257, 1207 B.G.B. verneint. Dagegen Labes eod. S. 225: § 1257 setzt ein bereits entstandenes Pfandrecht voraus, so daß die Vorschriften über Entstehung des Pfandrechts (§§ 1204 ff.) keine Anwendung finden können. Vgl. auch C.P.O. §§ 804, 898, H.G.B.

Digitized by Google

§ 366 II. Gegen die Einwendungen Scherers ebenda S. 318 f. die richtigen Bemerkungen Geubs eod. S. 479.

Wem hat der Mieter im Fall des § 571 zu kündigen? Rönnberg im Archiv f. b. Recht 17 S. 78 ff. ist der Ansicht, daß die Kündigung nicht an den Käufer, sondern an den Vermieter gerichtet werden muß: Der Erwerber tritt nur in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag, nicht in das Mietverhältnis selbst ein (S. 81). — M. E. sind die Gründe, die Rönnberg dafür vorbringt, nicht überzeugend. Bliebe das Mietverhältnis unter den bisherigen Parteien bestehen, so hätte es keinen Sinn, den Vermieter „wie einen Bürgen" haften zu lassen; seine Haftung als Vermieter würde genügen. Wenn die Protokolle davon ausgehen, daß angenommen werden könne, dem Mieter, der die Kündigung nach § 571 II unterlasse, sei der Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis an Stelle des Vermieters genehm (II S. 134 ff.), so läßt sich daraus nichts für Rönnberg folgern. Denn nicht um den Eintritt des Erwerbers infolge der Genehmigung des Mieters, sondern um den Austritt des Mieters aus dem nicht genehmen Mietsverhältnis mit dem Käufer handelt es sich. Ich glaube daher, daß die Kündigung gegenüber dem Erwerber und nicht dem Vermieter erklärt werden muß.

571 Kauf bricht nicht Miete.

Über die Zulassung der reconductio tacita bei der Pacht: Reuter, D. Juristenzeitung V S. 478.

597 Pacht. Entschädigung bei verspäteter Rückgewährung.

V. Titel. Darlehen.

Über die clausula rebus sic stantibus: Fritze, Archiv für b. Recht 17 S. 45 ff.: Der Paragraph ist eine Auslegungsvorschrift, keine Dispositivnorm (S. 48). Über die Anfechtung wegen Irrtums, wenn die Verschlechterung der Vermögenslage schon beim Vertragsschluß vorhanden war, S. 48: In den meisten Fällen ist dieser Irrtum nicht zu beachten. Vgl. Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B. § 610 Nr. 1, Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 65. — Vgl. auch oben zu § 321.

610 Pactum de mutuo dando.

VI. Titel. Dienstvertrag.

Burchardt, D. Juristenzeitung V S. 264: Fällt unter die Vergütung, welche der unberechtigterweise Entlassene zu fordern berechtigt ist, auch die Belassung in der vertragsmäßig eingeräumten Dienstwohnung? Dagegen Reichsgericht 22 S. 35.

615 Annahmeverzug der Dienstberechtigten.

Digitized by Google

696 Kündigung des Dienstverhältnisses.

Über die Frage, ob durch diesen Paragraph die Vorschriften der §§ 123, 124 der Reichsgewerbeordnung modifiziert sind, s. Burchardt, D. Juristenzeitung V S. 265 (verneinend). Ferner Fuld in Gruchots Beiträgen 44 S. 592 ff.; insbesondere über die Frage, ob unter der Herrschaft des B.G.B. die Entlassung bezw. der Austritt auch aus Gründen erfolgen kann, deren konkrete Wichtigkeit an sich einem Bedenken nicht unterliegt, die aber in den genannten Vorschriften (§ 121 ff.) der Gewerbe-O. nicht enthalten sind. Dies verneint Fuld gegen Blume in „Das Gewerbegericht" IV S. 69, 70, und Decker dortselbst IV S. 58, m. E. mit Recht.

VII. Titel. Werkvertrag.

640 Klage auf Abnahme: Müller, Iherings Jahrbücher 5 S. 412 gegen Kohler, Archiv f. b. Recht 13 S. 174 ff.

VIII. Titel. Mäklervertrag.

655 Vgl. oben zu § 343.

XIII. Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

701 Die Haftung der Schlafwagengesellschaften für die von den Reisenden eingebrachten Sachen wird bejaht von Fuld, D. Juristenzeitung V S. 227.

XIV. Titel. Gesellschaft.

706 Wenn Rechtsanwälte sich zur Ausübung ihres Berufes vereinigen, so liegt kein Gesellschaftsvertrag vor. Josef in Gruchots Beiträgen 44 S. 417.

Ist die Rhederei eine Gesellschaft oder ein nicht rechtsfähiger Verein? Joerges, Zeitschrift f. Handelsrecht 49 S. 204 N. 194 ff.

Über die entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Gesellschaft auf die Verbindung mehrerer Rechtsanwälte: Josef a. a. O. S. 550 ff.

718 Begriff des Gesellschaftsvermögens.

Joerges, Zeitschr. f. H.R. 49 S. 218, rechnet zum Gesellschaftsvermögen auch die Schulden der Gesellschaft und zieht daraus nach § 719 die logische Konsequenz, daß „die Disposition über die Gesellschaftsschulden nur der Gesellschaft zusteht". Über diesen falschen Vermögensbegriff vgl. Binder, die Rechtsstellung des Erben im B.G.B. S. 7 ff., insbesondere in Bezug auf die Gesell-

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

schaft, S. 16; überhaupt kann nur der Gläubiger über seine Forderungen, nicht der Schuldner über seine Schulden „disponieren". 719 Unübertragbarkeit des Anteils.

„Anteil an den einzelnen Vermögensstücken." Daß das Gesetz diesen Ausdruck gebraucht, kann nicht anders verstanden werden, als daß den Gesellschaftern wirklich ein Recht an den einzelnen Gegenständen zusteht. Vgl. Joerges a. a. O. S. 183.

Joerges a. a. O. S. 211 ff.: Wie es zulässig ist, daß beim Ausscheiden eines Mitgliedes die Gesellschaft fortbesteht, so ist auch der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die im übrigen fortbestehende Gesellschaft für zulässig zu erachten. (Abw. Planck II zu § 736.) Das entscheidende Moment ist nicht die obligatorische Beziehung zwischen den Gesellschaftern, wie im römischen Recht, sondern die Identität und Kontinuität des Gesellschaftsvermögens. Daher muß man annehmen, daß durch den Beitritt des neuen Gesellschafters unmittelbar die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens für ihn eintritt und das Miteigentum auf ihn übergeht, ohne daß es eines Übertragungsaktes bedarf. 736 Ausscheiden eines Gesellschafters.

Die obligationenrechtliche (?) Handlung des Ausscheidens äußert die unmittelbare Rechtswirkung, daß das Miteigentum erlischt, ohne daß irgend ein sachenrechtlicher Akt zu erfolgen braucht. Diese Akkreszenz an die übrigen Gesellschafter ist eine Besonderheit des Gesellschaftsverhältnisses, bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen findet sie sich nicht. Joerges a. a. O. S. 214. 738 Auseinandersetzung.

XV. Titel. Gemeinschaft.

Über die Frage, ob bei den Gemeinschaftsverhältnissen ein Sondervermögen besteht: Joerges, Zeitschr. f. H.R. 49 S. 200 ff.: Bei der Gemeinschaft im engeren Sinne besteht kein Sondervermögen im technischen Sinn, da im Sinn des Gesetzes jedes selbständige Recht eine selbständige Gemeinschaft bildet. Indes ist dies nicht schroff durchgeführt, z. B. in Bezug auf Sachenkomplexe welche eine wirtschaftliche Einheit bilden. 741 Begriff. 754 Teilung gemeinschaftlicher Forderungen.

Über die Gemeinschaft an Forderungen vgl. Joerges a. a. O. S. 179 N. 132a. 755 II 756 II Tilgung von Gemeinschaftsschulden.

Joerges a. a. O. S. 196 ff.: Die auf das Gemeinschaftsverhältnis sich gründenden Schuldverhältnisse folgen der Quote des einzelnen Gemeinschafters nur auf der Schuldnerseite; auf der aktiven Seite bedürfen sie besonderer Zession.

Digitized by Google

XVII. Titel. Spiel. Wette.

763 Lotterievertrag. Über die Frage, ob gegenüber dieser Vorschrift die partikularrechtlichen Verbote des Spielens in ausländischen Lotterien noch Geltung haben: Thielmann, D. Juristenztg. V S. 84.

764 Differenzgeschäft. Über den Einfluß des § 764 auf § 69 des Börsengesetzes: Werner, D. Juristenzeitung V S. 249 f. gegen Fuld im Berliner „Aktionär", 1900 Nr. 9: Die Unverbindlichkeit des vom bürgerlichen Recht als Spiel behandelten Differenzgeschäftes soll für den Eingetragenen nicht gelten, und deshalb darf er aus § 764 einen Einwand nicht herleiten. Vgl. Art. 14 Ziff. V des E.G. zum H.G.B.

XVIII. Titel. Bürgschaft.

765 Begriff. Über den Erfüllungsort der Bürgschaftsobligation: Türk in Gruchots Beiträgen 44 S. 837 ff.

770 Einreden des Bürgen. Götte in Kohlers Archiv f. b. Recht 17 S. 164 ff.: Die Aufrechnung ist eine Art Selbsthilfe, und zwar Selbstbefriedigung (§ 229). — Daher kann der Prozeßbevollmächtigte einer Partei im Prozeß ohne darauf gerichtete Vollmacht das Aufrechnungsrecht seiner Partei geltend machen, und zwar auch gegenüber einem Prozeßbevollmächtigten, der zur Entgegennahme einer Aufrechnungserklärung nicht bevollmächtigt ist. — Vgl. oben zu § 388.

XX. Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

780 f Über das Verhältnis des Schuldanerkenntnisses und Schuldversprechens zu ihrem Schuldgrunde: Ackermann, Gruchots Beiträge 44 S. 573 ff.: Beide Verträge begründen ein neues, selbständiges, von dem früheren Schuldgrund losgelöstes, also abstraktes Forderungsrecht, welches als eine Leistung des Schuldners (?) ins Vermögen des Gläubigers übergeht.

782 Über den Grund der Vorschrift: Ackermann a. a. O. S. 583 f.

XXII. Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

793 Über Inhaberaktien: Simon, Zeitschrift f. H.R. 49 S. 21.

XXIV. Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

812 Voraussetzungen des Anspruchs. Über die Anwendung auf die Kondiktion von Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen: Ackermann bei Gruchot 44 S. 587 f.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

Über die Zahlung von Entschädigungen an Mitglieder des Reichstages gegen Art. 32 der Reichsverfassung: Kollenscher, D. Juristenzeitung V S. 274: Der Leistende und der Empfänger haben gegen das Verbot gehandelt; folglich ist von Rückforderung keine Rede. — Ist das Verbot so auszulegen, daß es sich nur auf die Zahlung aus öffentlichen, nicht auch aus privaten Kassen bezieht, so ist die Rückforderung schon nach § 814 ausgeschlossen. 817 Rechtswidrigkeit der Leistung.

Flechtheim in Gruchots Beiträgen 44 S. 94: Es liegt eine perpetuierte Chikaneeinrede vor. Auf Grund des § 273 darf der Kondiktionsberechtigte die Einrede nicht eher geltend machen, als bis er auf Verlangen die empfangene Gegenleistung dem Gegner angeboten hat. Ebenso § 853. 821 Verweigerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit.

XXV. Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vgl. E.G. Art. 170. Ein Schuldverhältnis aus einer vor dem Inkrafttreten des B.G.B. begangenen unerlaubten Handlung bestimmt sich nach dem bisherigen Recht, auch wenn der Erfolg erst unter der Herrschaft des B.G.B. eingetreten ist. Fuchs, Gruchots Beiträge 44 S. 14 mit Habicht, Einwirkung S. 137. 823

Ehrenberg, Iherings Jahrbücher 5 S. 354: Wer das Leben eines anderen widerrechtlich verletzt, ist nur diesem anderen, nicht dritten Personen, zum Schadenersatz verpflichtet. Zwar machen die §§ 844, 845 davon einige Ausnahmen, nämlich zu gunsten solcher Personen, denen der Tote kraft Gesetzes unterhalts- oder dienstpflichtig war, aber nicht zu gunsten der Versicherungsgesellschaften. Vgl. auch Bargmann: Steht der Lebensversicherungsgesellschaft u. s. w. (Diss. Rostock) 1901.

Über die Worte: Oder ein sonstiges Recht: Rümelin, Archiv f. d. zivil. Praxis 90 S. 238 N. 69. Dem Gesetzgeber ist nicht zu imputieren, daß er Leben, Gesundheit u. s. w. als subjektive Rechte aufgefaßt habe. Vgl. dazu schon Oertmann S. 555 f., Planck II S. 606, Cosack I S. 585 gegen Endemann I § 200 N. 2, Hachenburg, Vorträge S. 153, v. Liszt, Deliktsobligationen S. 227 f.

Rümelin a. a. O. S. 238: Der Ausdruck: Rechtsverletzung bezeichnet auch ein reales Geschehen, also Veränderungen in der Außenwelt, welche sich vom Standpunkt des objektiven Rechtes aus als Verletzung subjektiver Rechte darstellen. Anders in den §§ 823 II, 826.

Für den Handelnden braucht nicht voraussehbar zu sein, daß 823 II

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

ein für einen anderen nachteiliger Erfolg aus seinem Handeln erwächst. Rümelin a. a. O. S. 239.

Es ist adäquater Kausalzusammenhang erforderlich. Aber das genügt nicht. Es muß speziell das Rechtsgut verletzt sein, dessen Schutz die übertretene Norm bezweckt (v. Liszt, Deliktsobligationen S. 32). Aber auch das genügt nicht. Das Rechtsgut muß durch einen Vorgang verletzt sein, wie er gerade durch die betreffende Norm verhütet werden soll, m. a. W.: es muß sich eine der Gefahren verwirklicht haben, auf welche die Norm abzielt. Rümelin a. a. O. S. 304 ff.

In Bezug auf die Unterlassungen: Rümelin a. a. O. S. 327: Durch eine Rechtsnorm muß eine Verpflichtung zu positivem Handeln im Interesse bestimmter Personen oder Personengruppen aufgestellt sein. Z. B. die Unterlassung der Treppenbeleuchtung u. s. w. (Abw. Oertmann S. 559 N. 6). Es muß aber der adäquate Kausalzusammenhang vorhanden sein (vgl. § 254). Ebenso im Fall des § 826 (R. S. 329). Gegen Endemann führte Rümelin aus, daß auch in Bezug auf Unterlassungen eine Haftung ohne Verschulden möglich ist.

826 Verstoßgegen die guten Sitten.

Im Gegensatz zu § 823II muß hier geradezu vorausgesehen worden sein, daß ein Vermögensschaden erwächst. Rümelin a. a. O. S. 239.

827 Unzurechnungsfähigkeit.

Über selbstverschuldete Trunkenheit: Schultze in Kohlers Archiv f. b. Recht 17 S. 94 ff.

829 Haftung trotz derselben.

Es wird hier subjektive Vorhersehbarkeit verlangt. Ebenso im § 904. Rümelin, Arch. f. d. ziv. Pr. 90 S. 247.

830 Mehrheit von Thätern.

Ein Anlaß, den Anstifter und Gehilfen nicht als kausal zu betrachten, ist hier nicht gegeben. Rümelin a. a. O. S. 247. Vgl. Oertmann S. 507 Bem. 6.

831 Haftung Dritter.

Alle schädigenden Ereignisse, die beim Betrieb der Kleinbahnen vorkommen, erzeugen eine Schadenersatzpflicht der Gesellschaft nur dann, wenn ihr Thatbestand der der §§ 823 ff. ist. Wilke in Gruchots Beiträgen 44 S. 272.

832 Haftung des zur Aufsicht Verpflichteten.

Über die Schadenersatzpflicht des Anstaltsarztes für die Handlungen der seiner Aufsicht unterstellten Geisteskranken: Schultze, Archiv f. b. Recht 17. S. 99 f.

843, 845 Körperverletzung. Tötung.

Der schwerere Erfolg braucht nur objektiv herbeigeführt worden zu sein; er muß nicht voraussehbar gewesen sein. Rümelin, Arch. f. d. zivil. Praxis 90 S. 245.

844

Rümelin a. a. O. S. 241 ff., mit Darstellung der Entstehungs-

Digitized by Google

geschichte des Paragraphen: Unter die Tötung fällt auch die Körperverletzung mit nachgefolgtem Tode. Ebenso: Cosack I § 165 Z. I; Oertmann zu § 844 Z. 2; Planck II S. 645 N. 2a; abweichend: Endemann I § 201 N. 5; v. Liszt, Deliktsobligationen S. 29, 79; Kuhlenbeck II S. 308.

851 Schadenersatzleistung an den Besitzer.

Auf den Mobiliarschutz darf sich auch derjenige berufen, welcher, ohne im schlechten Glauben zu sein, auf Grund eines dinglichen Rechtes an den Besitzer der beweglichen Sache eine Leistung bewirkt. Rambohr bei Gruchot 44 S. 667. — M. E. geht es nicht an, die Ausnahmevorschrift des § 851 in dieser Weise zu verallgemeinern. Insbesondere geht die Behauptung zu weit, daß der Eigentümer der verpfändeten Sache dem zu leisten befugt sei, der den Besitz der Sache habe und ihm als Pfandgläubiger gegenübertrete. Vgl. auch Biermann, Komm. zu § 100b Bem. 3 (S. 125). Die Vermutung des § 100b gilt nur zu gunsten des Besitzers, nicht zu gunsten des Schuldners, der dem Eigentümer die Leistung zu machen verpflichtet ist. Unrichtig scheint mir auch die Behauptung (S. 668), die Regel, daß der „Erkenntnisschutz" dann versagt, wenn es sich um gestohlene oder verlorene Sachen handelt, sei auch im Fall des § 851 anzuwenden. Denn der Grundsatz des § 935 beruht darauf, daß der Eigentümer durch die freiwillige Besitzaufgabe einem anderen selbst die Möglichkeit verschafft, als Eigentümer aufzutreten (Hand wahre Hand). Hier tritt das Interesse des Eigentümers deshalb zurück hinter das Interesse des dritten Erwerbers. Vgl. Motive III S. 348. Die §§ 932, 935 wägen die Interessen der beiden Beteiligten gegen einander ab; der § 851 dagegen berücksichtigt einseitig das Interesse des Dritten.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

V.

Die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuche im Jahre 1900.[1])

Von

Oberamtsrichter **Bunsen**.

I.

§ 1. Geisteskrankheit und Geistesschwäche unterstellen beide einen geistigen Defekt, sie unterscheiden sich nur dem Grade nach, indem im ersteren Falle der Kranke seine Angelegenheiten überhaupt nicht zu besorgen vermag, also vom Rechtsstandpunkte einem Kinde unter 7 Jahren gleichsteht, während im anderen Falle der geistige Defekt nicht jede Geschäftsfähigkeit, sondern nur die Fähigkeit zur selbständigen Besorgung der Angelegenheiten ausschließt, also die Fähigkeit zur Mitbesorgung der Angelegenheiten besteht. Reichsger. U. v. 20. Nov. 1900. J.W. 1900 S. 867.

---

[1]) **Abkürzungen**: „E.R.G." Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. — „S.A." Seuffert's Archiv. — „R.O." Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan und Falkmann). — „E.A.F.G." Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt im Reichsjustizamte. — „Gruchot" Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Rassow, Küntzel, Ecclus). — „B.R.A." Blätter für Rechtsanwendung in Bayern (Staudinger). — „Sächs. A." Sächsisches Archiv (Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert). — „M.Z." Mecklenburgische Zeitschrift (Altvater, Birkmeyer). — „B.R." Blätter für Rechtspflege, Thüringen (Unger). — „H.G." Hanseatische Gerichtszeitung. — „J.W." Juristische Wochenschrift. — „D.J." Deutsche Juristenzeitung (Laband, Stenglein, Staub). — „D.R." Das Recht (Soergel).

Digitized by Google

In dem Anfechtungsverfahren gegen einen vor dem 1. Januar 1900 ergangenen Entmündigungsbeschluß ist das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden, wenn das Urteil nach dem 1. Januar 1900 ergeht. Reichsger. a. a. O. u. Reichsger., U. v. 3. Jan. 1901, Gruchot Bd. 45 S. 376.

2. Die Aufhebung des gesetzlichen Wohnsitzes wie die Begründung eines anderen Wohnsitzes an dem Orte, an dem sich das Kind demnächst auch thatsächlich niederläßt, kann auch der gesetzliche Vertreter vornehmen, insbesondere die Mutter, wenn ihr die elterliche Gewalt zusteht. Oberstes L.G. München, B. v. 6. Sept. 1900, R.O. 1901 S. 71 Anm. 2. §§ 7—11.

Verlegt die verwitwete Mutter ihren Wohnsitz von dem Orte des letzten Wohnsitzes des verstorbenen Vaters des Kindes an einen anderen Ort, folgt das minderjährige Kind der Mutter in die häusliche Gemeinschaft, verbleibt auch in derselben bis zur Volljährigkeit und über diesen Zeitpunkt hinaus, so ist der frühere gesetzliche Wohnsitz des Kindes aufgehoben. Oberstes L.G. München, B. v. 20. Dez. 1900, R.O. 1901 S. 71 u. 42 a.

Der gesetzliche Wohnsitz eines Kindes wird dadurch, daß dasselbe an einem anderen Orte in Dienst getreten ist und sich dort aufgehalten hat, nicht aufgehoben. Oberstes L.G. München, B. v. 11. April 1900, R.O. 1901 S. 72, B.R.A. Bd. 65 S. 440.

Ein minderjähriges Kind, welches seinen Aufenthalt an dem Orte, wohin die Mutter nach dem Tode des Vaters verzogen ist, offenbar nur aus dem Grunde hat, weil die Mutter dort wohnt, verliert dadurch seinen gesetzlichen Wohnsitz noch nicht. Oberstes L.G. München, B. v. 13. März 1900, R.O. 1901 S. 72, B.R.A. Bd. 65 S. 322.

3. Die Lebensvermutung des § 19 B.G.B. greift sofort Platz, wenn auch für die Entscheidung des Rechtsstreits im übrigen das bisherige Recht maßgebend ist, da die Frage, ob jemand als lebend oder tot anzusehen ist, eine Beweisfrage ist, welche nach denjenigen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden ist, welche zur Zeit der Beweisführung gelten. § 19.

O.L.G. Celle, U. v. 31. Jan. 1900, D.R. 1900 Nr. 6 S. 126.

4. Erlangt ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen selbständigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, der vielmehr nur das wirtschaftliche Interesse seiner Mitglieder fördern will, durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit? §§ 21 u. 22.

a) O.L.G. Stuttgart, B. v. 23. März 1900 (R.O. I, Nr. 10).

Digitized by Google

In der Satzung des zur Eintragung in das Vereinsregister angemeldeten Vereins „Kreditreform" ist als Zweck bezeichnet, eine zeitgemäße Reform des Kreditwesens anzubahnen und Handels- und Rechtsschutzinteressen zu fördern, insbesondere aber die Mitglieder durch vertrauliche Mitteilungen über Geschäfts- und Kreditverhältnisse vor geschäftlichen Verlusten zu schützen, auch auf Verlangen derselben die Beitreibung ihrer Ausstände im Wege des Mahnverfahrens zu besorgen. Um diese Zwecke zu erreichen, hält der Verein einen ständigen mit der Einholung und Erteilung der Auskünfte und der Besorgung des Mahnverfahrens beauftragten Geschäftsführer und führt Listen über lässige Schuldner.

Die Vorinstanzen hatten die Eintragung versagt, weil der Verein wirtschaftliche Erfolge für seine Mitglieder anstrebe, die Förderung wirtschaftlicher Interessen seiner Mitglieder bezwecke. Das O.L.G. hält die Eintragung für zulässig mit folgender Begründung: Das Gesetz habe von dem sog. Prinzipe der Normativbestimmungen die ihrer Zweckbestimmung nach auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Vereine ausgenommen, weil die Sicherheit des Rechtsverkehrs und das Interesse der Gläubiger bei dieser Art von Körperschaften besondere Garantien erforderlich machen, wie sie in den vorhandenen reichsgesetzlichen Normen, namentlich in betreff der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, dargeboten sind und, soweit sich ein Bedürfnis der Anerkennung weiterer Arten von wirtschaftlichen Vereinen geltend machen würde, in dem auf Verleihung der juristischen Persönlichkeit gerichteten Verfahren von dem zuständigen staatlichen Organ wahrgenommen werden können. Dieses Motiv treffe in vollem Maße auf Vereine zu, welche mit eigenen wirtschaftlichen Mitteln eine auf Produktion oder Umsatz von Gütern gerichtete gewerbmäßige Thätigkeit entfalten, sei es, daß ihr Zweck in dem bezeichneten Geschäftsbetrieb aufgehe, oder daß die Verfolgung desselben einen solchen Zweck in sich schließe. Den vom Gesetze bezeichneten „Vereinen", deren Zweck auf einen wirtschaftlichen gerichtet ist, könne daher nicht jeder einem wirtschaftlichen Zwecke irgendwie dienende Verein ohne Rücksicht darauf, *ob der Verein selbst* sich an einem wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe bethätigt oder nicht, beigezählt werden. Der Zweck des Vereins müßte einen *eigenen* Geschäftsbetrieb erfordern und dieser Betrieb müßte einen wirtschaftlichen Charakter haben, wenn im Sinne des Gesetzes ein auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteter Vereinszweck vorliegen solle. Hierbei sei nicht aus-

Digitized by Google

geschlossen, daß der Geschäftsbetrieb des Vereins der besonderen Erwerbsthätigkeit der einzelnen Vereinsmitglieder zur Unterstützung und Förderung zu dienen bestimmt und geeignet sein könne. Auch für diesen Fall sei an der Voraussetzung festzuhalten, daß der Verein diesen Zweck im Wege eines eigenen wirtschaftlich gearteten Geschäftsbetriebes erfülle und seine Thätigkeit nicht ausschließlich in allgemeinen (jedem Beruf dienlichen), dem Wirtschaftsleben nicht eigentümlichen Maßregeln bestehe. Da nun die Abwendung der mit dem Kreditgeben verbundenen Gefahren und die Erleichterung der Beitreibung von erworbenen Rechtsansprüchen nicht als eigentliche wirtschaftliche Hilfsgeschäfte im bezeichneten Sinne sich darstellen, so sei der Begriff eines Vereins mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb nicht als gegeben zu erachten und damit die Zulässigkeit der Eintragung gegeben.[1])

b) L.G. Köln, B. v. 5. Febr. 1900 (D.J. 1900 S. 120), verneint die Eintragungsfähigkeit des Vereins „Kreditreform" mit folgender Begründung: Es genüge zur Eintragungsfähigkeit nicht, daß der Verein einen eigentlichen Erwerbszweck nicht verfolge, sondern es sei notwendig, daß er einen positiven, nicht dem Wirtschaftsleben angehörigen Zweck verfolge. Der Verein sei freilich kein Erwerbsverein in dem Sinne, daß er unter eigener Firma Geschäfte betreibe, gleichwohl sei er kein gemeinnütziger sondern nur wirtschaftlicher Verein. — — Wesentliches Merkmal eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes im Sinne des § 22 B.G.B. sei, daß „die Produktion oder der Umsatz wirtschaftlicher Güter geschäftsmäßig betrieben werde" (Planck zu § 21); nicht notwendig sei es, daß der Güterumsatz sich ganz und vollständig innerhalb des Vereins oder durch diesen vollziehe; alle

[1]) Über die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde im vorliegenden Falle herrscht Streit. Dagegen hat sich ausgesprochen K.G. Berlin, B. v. 9. April 1900 (R.O. 1900 Nr. 41), B. v. 23. April 1900 (E.A.F.G. 2 S. 69 ff.). Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde hängt davon ab, ob man die Bestimmung des § 60 Abs. 2 B.G.B. auf alle Fälle der Ablehnung der Eintragung ausdehnen, also auch dann für anwendbar halten darf, wenn die Ablehnung wie im vorliegenden Falle aus materiellen Gründen erfolgt, oder auf den formellen Fall des § 60 Abs. 1 B.G.B. beschränken muß. Im letzteren Falle würde sich die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde aus § 27 F.G.G. ergeben (vgl. über diese Frage Heine, D. R. 1901 S. 118). Für die ausdehnende Ansicht hat sich ausgesprochen Reichsger. B. v. 1. Nov. 1900, J.W. 1900 S. 824. Gegen diese Entscheidung polemisiert Meyerhoff (D. R. 1901 S. 170). S. jetzt auch Bendix, D.J. 1901 Nr. 14 S. 328 f. gegen Heine.

Digitized by Google

Teil- und Hilfsgeschäfte, welche dem Güterumsatz auf dem Wege des Gutes vom Erzeuger zum Verbraucher und dem umgekehrten Wege des Preises dienen, seien wirtschaftlicher Art. Dahin gehören Schutzmaßregeln gegen geschäftliche Verluste, die Auskunft über Geschäfts- und Kreditverhältnisse, — — — die Eintreibung von Ausständen, alles Umsatz-Hilfsgeschäfte, die der Verein satzungsmäßig in Erfüllung seines Vereinszweckes geschäftsmäßig betreibe. Durch seine Geschäftsstelle diene der Verein dem Wirtschaftsleben und dem Erwerbe seiner Mitglieder, diese haben sich zum leichteren, vorteilhafteren Betriebe jener Hilfsgeschäfte zusammengeschlossen, es liege somit eine Vereinsform vor, deren Zweck ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb im Interesse der Vereinsgenossen sei, der unter § 22, nicht unter § 21 B.G.B. falle.

c) L.G. Hamburg, B. v. 15. Febr. 1900 (H.G. 1900 Nr. 15 unter 50), wie die Entscheidung unter b mit folgender Begründung: Gleichgültig ist, ob der Geschäftsbetrieb, auf den der Zweck des Vereins gerichtet ist, ein gewerblicher, d. h. ein auf Betriebsüberschüsse abzielender ist oder nicht, sowie ob die wirtschaftlichen Geschäfte in der Art betrieben werden, daß der Verein als solcher wirtschaftliche Güter produziert und umsetzt, oder ob der Verein bei dem wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe seiner Mitglieder mitwirkt, wenn nur diese mitwirkende Thätigkeit Zweck des Vereins bleibt und nicht Mittel zur Erreichung idealer Zwecke wird (vgl. Denkschrift zu § 21, Planck zu § 21, Cosack § 292 b).

In den vorstehend aufgeführten Entscheidungen bahnt sich eine Streitfrage über die Auslegung der §§ 21 und 22 B.G.B. an. Die einschränkende Auslegung der Entscheidung unter a) scheint mir dem Sinne des Gesetzes nicht gerecht zu werden. Das Gesetz selbst gibt keinen Anhalt dafür, daß der satzungsmäßige Zweck auf einen dem Vereine als solchen zum Nutzen gereichenden, von ihm und für sich allein betriebenen Geschäftsbetrieb beschränkt sein müsse, um die Anwendung des Prinzips der Normativbestimmungen (B.G.B. § 21) auszuschließen, vielmehr wird man dem Sinne des Gesetzes nur dann gerecht werden, wenn solche Anwendbarkeit überall da ausgeschlossen wird, wo der Zweck des Vereins in der Hauptsache auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb geht, mag die Geschäftsführung selbst dem Vereine oder seinen Mitgliedern von Nutzen sein, wogegen § 21 zur Anwendung kommt, wenn der Hauptzweck ein idealer ist, mag zur Erreichung desselben ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb des Vereins stattfinden

Digitized by Google

oder nicht (s. Protokolle der zweiten Kommission ad § 21 Bd. 1 S. 499).

5. Das Inventar eines Gasthauses ist nicht Zubehör des Haus- §§ 97, 98.
grundstückes; denn die gewerbsmäßige Beherbergung von Reisenden ist nicht im Sinne des § 97 der wirtschaftliche Zweck des Hotelgebäudes. Es fehlt dem letzteren an einer spezifischen, gerade zu diesem Gewerbe geeigneten und jede andere Art der Benutzung ausschließenden Beschaffenheit und Einrichtung, ein Erfordernis, wie es in sämtlichen Beispielen des § 98, 1 (Mühle, Schmiede, Brauhaus, Fabrik) gleichmäßig als erfüllt sich darstellt. Auch der Ausdruck „Gerätschaften" läßt sich nicht ohne Zwang auf die zur Hoteleinrichtung gehörenden Gegenstände anwenden. Der § 98, 1 B.G.B. erweitert einesteils den Kreis der Beispiele des § 79 A.L.R. I, 2, scheidet aber anderseits den Gasthof aus. O.L.G. Celle, B. v. 14. Nov. 1900, R.O. 1901 S. 172 f.

6. Die privatrechtlichen Grundsätze über den Dienstvertrag § 133.
finden, soweit sich nicht aus den Bestimmungen des öffentlichen Rechts Ausnahmen ergeben, auch auf die von einer Stadtgemeinde vorgenommene Anstellung eines Lehrers an einer öffentlichen Schule Anwendung. Der angestellte Lehrer hatte verschwiegen, daß er vor der Anstellung fünfmal wegen Betrugs verurteilt war. Er ist darauf von der Stadtgemeinde im Disziplinarwege entlassen. Seine Klage auf Gehaltszahlung ist abgewiesen, weil die Anstellung durch Betrug erschlichen sei; denn es sei anerkannten Rechtes, daß bei Abschließung von privatrechtlichen Verträgen jeder Teil verpflichtet ist, dem anderen Teile alles ihm Bekannte anzuzeigen, von dem er weiß, daß es für die Entscheidung desselben, den Vertrag überhaupt oder so, wie er abgeschlossen wird, abzuschließen, von entscheidender Bedeutung ist. K.G. Berlin, U. v. 11. Dez. 1900, S.A. Bd. 56 S. 217 ff.

7. Verfügungsbeschränkungen haben auch dann keine dingliche § 137.
Wirksamkeit, wenn sie unter Ehegatten getroffen und in einem Ehevertrage verlautbart sind. K.G. Berlin, B. v. 8. Okt. 1900, R.O. 1900 S. 457.

8. Die Bestimmung des Abs. 2 des § 138 B.G.B. stellt den § 138.
Begriff des wucherischen Geschäftes fest, unterstellt im übrigen den Fall unter den allgemeinen Begriff der unsittlichen Geschäfte (Abs. 1). Erscheint ein Geschäft deshalb, weil zwischen den beiderseitigen Leistungen ein auffälliges Mißverhältnis besteht, und die Annahme der übermäßigen Vorteile durch den einen Teil als Aus-

Digitized by Google

fluß einer niedrigen und verwerflichen Gesinnung und somit den sittlichen Anschauungen im Volke widerstreitend, so ist es nichtig (Abs. 1), wenn auch nicht alle Merkmale des wucherischen Geschäftes (Abs. 2) vorliegen. O.L.G. Karlsruhe, U. v. 26. Mai 1900, Sächs.A. Bd. 10 S. 491.

Ein vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossener Vergleich kann nicht auf Grund des § 138 Abs. 2 B.G.B. angefochten werden; denn, wenn es auch richtig sein mag (vgl. Habicht, Einwirkung 2. Aufl. S. 237, Niedner, Einf.Ges. S. 268), daß ein vor dem 1. Januar 1900 zu stande gekommenes gegen § 138 B.G.B. verstoßenes Rechtsgeschäft nach dem 1. Januar 1900 nicht im Wege der Klage verfolgt werden kann, weil der Staat den Rechtsschutz versagen muß, wenn ein Anspruch aus einem vom Staate für unsittlich erklärten Geschäfte geltend gemacht wird, so liegt die Sache doch dann anders, wenn, wie im vorliegenden Falle, ein früherer Anspruch durch ein früher gültig abgeschlossenes Geschäft endgültig erledigt ist. Es fehlt an einem ausreichenden Rechtsgrunde dafür, daß jene Forderung mit dem 1. Januar 1900 wieder neu entstanden sein sollte, weil das Rechtsgeschäft, durch welches das Forderungsrecht beseitigt ist, nach neuem Rechte nichtig sein würde (O.L.G. Hamburg, U. v. 4. Dez. 1900. S.A. Bd. 56 S. 169 f., R.O. 1901 S. 58).

Über die Frage, ob der Bestimmung des § 138 Abs. 2 über die wucherischen Rechtsgeschäfte trotz der Vorschrift des § 170 E.G. z. B.G.B. rückwirkende Kraft beizulegen ist, herrscht Meinungsverschiedenheit. Dafür haben sich ausgesprochen O.L.G. Karlsruhe, U. v. 26. Mai 1900 (sächs. A. Bd. 10 S. 490 f.), Reichsger. U. v. 30. Nov. 1900 (J.W. 1901 S. 1), im wesentlichen der obigen Ausführung von Habicht und Niedner folgend, während O.L.G. Königsberg, U. v. 16. Juni 1900 (R.O. 1900 S. 234 f.) die gegenteilige Ansicht mit beachtungswerten Gründen verteidigt.

Würde die Ansicht von Habicht zu billigen sein, so würde man auch im obigen vom O.L.G. Hamburg entschiedenen Falle zu anderem, freilich wohl von niemandem gebilligten Resultate kommen müssen; denn auch in diesem Falle wird dem „gebrandmarkten" Geschäfte (Vergleich) durch Anerkennung seiner Gültigkeit wenigstens indirekt Rechtsschutz gewährt.

§ 181. 9. Ein nach § 181 B.G.B. verbotenes Selbstkontrahieren liegt nicht vor, wenn der Vertragschließende auf der einen Seite, welcher zwar gleichzeitig Bevollmächtigter eines der Vertragschließenden

Digitized by Google

auf der anderen Seite ist, nicht selbst als Bevollmächtigter handelt, sondern in Grundlage seiner Vollmacht einen Substituten bestellt hat, welcher nunmehr für den Vollmachtgeber handelt; denn der Substitut wird durch die Übertragung der Vollmacht auf ihn unmittelbarer Bevollmächtigter des Vollmachtgebers (Motive Bd. I S. 232).

L.G. Würzburg, B. v. 1. Febr. 1900 (B.R.A. 1900 Nr. 7 S. 133).[1])

10. Der Anspruch eines Vermieters gegen den Mieter auf § 226.
Wiederherstellung einer vom Mieter auf dem vermieteten Grundstücke aufgebauten und vor Ablauf des Mietsvertrages und Bezahlung der letzten Mietraten ohne Wissen des Vermieters abgebrochenen und alsdann auf dem Grundstücke des Mieters wieder aufgebauten Halle ist beim Mangel eines sichtbaren anerkennenswerten Interesses als chikanös im Sinne des § 226 B.G.B. abgewiesen, nachdem festgestellt ist, daß der Vermieter trotz der Fortschaffung der Baumaterialien in seiner Vermögenslage keine Gefährdung oder Einbuße erfahren hat, daß vielmehr zur Deckung der Mietsforderungen die noch auf dem Grundstücke vorhandenen Materialien des Mieters völlig ausreichen. K.G. Berlin, U. v. 1. Septbr. 1900, R.O. 1900 S. 438 f.

II.

1. Eine Verpflichtung zur Rechnungslegung in dem Sinne, § 259.
daß Ausgaben und Einnahmen spezifiziert und mit Belegen versehen werden müßten, ist gesetzlich nur da begründet, wo jemand fremde Geschäfte oder Geschäfte, die ihm mit einem anderen gemeinschaftlich sind, führt (B.G.B. §§ 666, 713). Der Umstand, daß der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch auf Auszahlung von 20 % des jährlichen Reingewinns des vom Beklagten betriebenen Geschäfts hat, macht ihn ebensowenig zum Teilhaber dieses Geschäfts, wie der Handlungsgehülfe dadurch Teilhaber des Geschäfts seines Prinzipals wird, daß ihm als Entgelt für seine Dienste eine Quote des Gewinns zugesichert ist. Der Beklagte führt in solchem Falle weder Geschäfte des Klägers noch gemeinschaftliche Geschäfte, ist also nicht zur Rechnungslegung im obigen

[1]) Man darf wohl annehmen, daß diese Frage wiederholt erwogen wird und noch nicht endgültig entschieden sein dürfte.

Digitized by Google

Sinne verpflichtet. O.L.G. Hamburg, U. v. 6. Nov. 1900, R.O. 1901 S. 18.

§ 260. 2. Der Pfleger kann nicht zur Ablegung eines nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts abzuleistenden Offenbarungseides angehalten werden; denn die Vorschriften der Prozeßordnung über die Eidesleistung durch die gesetzlichen Vertreter einer schwurpflichtigen Partei finden auf einen solchen Eid keine Anwendung. O.L.G. Hamburg, B. v. 5. Nov. 1900, S.A. Bd. 56 S. 219 f.

§ 273. 3. Ein nach dem 1. Januar 1900 geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht bestimmt sich lediglich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche; denn es ist kein selbständiger mit dem Forderungsrechte verknüpfter Anspruch (E. d. Reichsger. Bd. 15 S. 421), es ist ein Sicherungs- oder Pressionsmittel, durch das der Gegner zu einer eigenen Leistung genötigt werden soll. Es kann nur durch Einrede geltend gemacht werden, das der Einrede zu Grunde liegende Recht entsteht mit dem Zeitpunkte, wo der Kläger seinen Anspruch geltend macht, oder vielmehr, wo der Beklagte die Retentionseinrede geltend macht (O.L.G. Hamburg, U. v. 1. Dez. 1900, R.O. 1901 S. 57).[1])

§ 288. 4. Findet die Bestimmung des § 288 B.G.B., daß eine Geldschuld mit vier von hundert zu verzinsen ist, auch auf die am 1. Januar 1900 bereits bestehenden Schuldverhältnisse insofern Anwendung, als die Zinspflicht von diesem Zeitpunkte ab nach dem neuen Recht zu beurteilen ist?

a) Reichsger., U. v. 16. Febr. 1900 (J.W. 1900 bes. Beil. S. 1). Der Art. 170 E.G. z. B.G.B. ist hier nicht entscheidend; denn bezüglich des Anspruchs auf Verzugszinsen kommt in Betracht, daß der Verzug nicht ein einmaliges Ereignis, sondern eine Thatsache von Dauer ist, und daß daher ähnlich wie bei Zustandsobligationen die jeweilige Gesetzgebung entscheidend sein muß, soweit Folgen des Verzuges in Frage stehen, welche wie die Verzugszinsen von der Fortdauer der Verzugsthatsachen in der Weise beeinflußt werden, daß die Leistungsverpflichtung mit jeder neuen Zeiteinheit von neuem entsteht. Diesem nach waren, obwohl der

[1]) Die Frage dürfte damit nicht abgeschlossen sein. Die Entscheidung verwechselt das Recht selbst mit der Befugnis seiner Geltendmachung. Das Retentionsrecht gehört zu den sog. negativen Rechten (s. Bekker, System I, § 28), und muß im Prozesse von Beklagten geltend gemacht werden (s. Bunsen, Lehrbuch des Zivilprozesses, Berlin 1900 S. 209), besteht aber schon vor solcher Geltendmachung.

Digitized by Google

Verzug noch vor dem 1. Januar 1900 eingetreten, von diesem Zeitpunkte an nur 4 Prozent Zinsen zuzuerkennen.

b) O.L.G. Dresden, U. v. 24. Jan. 1900 (Sächs. A. X, S. 177 f.) ebenso unter gleicher Begründung.

c) L.G. Leipzig, U. v. 15. Jan. 1900 (Sächs. A. X, S. 176 f.). Es sei der Art. 170 einschränkend auszulegen, die Motive zu dem Art. 170 (Art. 103 des I. Entw.) führen aus, daß sich das Erfüllungsgeschäft nach dem neuen Gesetze richten werde, und gleich dem Erfüllungsgeschäfte „seien die das Erlöschen einer Forderung herbeiführenden selbständigen Rechtsgeschäfte — Hingabe an Zahlungsstatt, öffentliche Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß u. s. w. — nach dem zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Rechte zu beurteilen". Es wird weiter ausgeführt, daß es sich hierbei um die allgemeine Frage handle, inwiefern unter der Herrschaftszeit des neuen Rechts eintretende Thatsachen in ihren Wirkungen auf das frühere Schuldverhältnis nach jenem Rechte zu bemessen seien. Als einschlagende Fälle werden genannt der Eintritt des Verzugs, die Unmöglichkeit der Leistung u. s. w. Die Motive suchen hier nach einem Kriterium und finden es darin, ob die betreffende Thatsache und ihre Einwirkung sich gleichsam als innere Entwicklung des Schuldverhältnisses darstelle oder sozusagen von außen an dasselbe herantrete und mit seiner Beschaffenheit nicht in bedingendem Zusammenhange stehe. Dort wirke das alte Recht fort, hier greife das neue Recht ein. Die gemeinrechtliche Litteratur hat die vorliegende, auf die gesetzlichen Verzugszinsen zugespitzte Frage nicht oder nur ungenügend erörtert, doch findet sich u. a. bei Stobbe (Handbuch 3. Aufl. I S. 216 Anm. 21) die Bemerkung: „Die Forderung auf Verzugszinsen ist eine selbständige Obligation, welche nach dem Rechte zur Zeit ihrer Entstehung zu beurteilen ist." Dies trifft im wesentlichen mit den obigen Erörterungen der Motive zusammen und bedarf nur insofern des weiteren Ausbaues, als festgestellt werden muß, daß der Verzug nicht eine vereinzelte, in einen bestimmten Zeitpunkt fallende und von da ab fortwirkende Thatsache ist, sondern daß er, nachdem er eingetreten, einen dauernden und kontinuierlich wirkenden Zustand darstellt. Ob er dauernd oder wie er zur Zeit wirkt, das kann sich nur nach dem Gesetze der jeweiligen Zeit bestimmen. — — — Daraus ergibt sich die Anwendung des neuen Rechts auf die Frage nach der Verpflichtung zur Leistung von Verzugszinsen für die Zeit vom 1. Januar 1900 ab.

d) A.G. Hamburg, U. v. 13. Jan. 1900 (H.G. 1900

Digitized by Google

Nr. 4) ebenso unter wesentlich gleicher Begründung und wie folgt fortfahrend. Der Anspruch auf Verzugszinsen stellt einen der Höhe nach gesetzlich festgestellten Mindest-Schadensersatzanspruch des Gläubigers dar, welcher nach den jeweilig im Geldverkehr bestehenden Verhältnissen bemessen wird. Wird das Gesetz in dieser Beziehung geändert, so wird festgestellt, daß die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse den Schaden des Gläubigers fortan nur in der durch das neue Gesetz bestimmten Höhe begründet erscheinen lassen. Daraus ergibt sich die sofortige Anwendung eines veränderten gesetzlichen Zinsfußes. In dieser Beziehung hat das neue Recht einen solchen reformatorischen Charakter, wie er in der Kommission für die zweite Lesung (Prot. Bd. 6 S. 498) als zu der Auslegung zwingend erwähnt wurde, daß das an sich maßgebende alte Recht vom neuen Recht verdrängt werde. — — — Von einer Verletzung wohlerworbener Rechte kann dabei keine Rede sein; denn ein Schuldverhältnis gibt dem Gläubiger kein Recht auf den Verzug.

e) Im entgegengesetzten Sinne haben sich ausgesprochen Lg. Leipzig 5. C.K., U. v. 20. Jan. 1900 (D.J. 1900 S. 76), unter der Begründung, „daß die aus dem Verzuge erwachsene Nebenforderung unter der Herrschaft des früheren Rechts entstanden sei und ein einmal begründeter Verzug unverändert bestehen bleibe, bis sich der Schuldner vom Verzuge reinige", sowie Lg. II Berlin 6. C.K. (das. S. 157), „weil der Verzug nur infolge eines bestimmten Schuldverhältnisses und nicht als eine selbständige Thatsache Rechte erzeugen kann".

Die in den vorstehend abgedruckten Entscheidungen aufgeworfene Streitfrage hat allerdings zunächst nur für die Übergangszeit praktische Bedeutung, sie hat jedoch ein weiter hinausgehendes allgemeines Interesse. Wir gewinnen tieferen Einblick in das Wesen des Schuldverhältnisses insbesondere in die Bedeutung des Verzuges. Wir nehmen keinen Anstand, den überzeugenden Ausführungen der Entscheidungen unter c und d zu folgen. Die aus dem Verzuge entstehende Verbindlichkeit erzeugt ein neues Schuldverhältnis, welches, wenn es auch zu seiner Entstehung ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt, doch im übrigen selbständige Bedeutung hat, namentlich in seinen Wirkungen. Daß diese Wirkungen aber nicht nur den Einwirkungen der Parteien, sondern auch den des Gesetzes unterworfen sind und daher der Veränderung unterliegen, sollte nicht bezweifelt werden.

§ 289. 5. Der Umstand, daß das Rechtsverhältnis, aus welchem ver-

Digitized by Google

tragsmäßige Zinsen gefordert werden, schon vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstanden ist, hat nicht zur Folge, daß die Frage, ob nach dem gedachten Zeitpunkte Verzugszinsen von vorbedungenen Zinsen gefordert werden können, nach früherem Rechte (s. z. B. Pr. Allgem. L.R. I, 11 § 821) zu beurteilen ist. Nach dem 1. Januar 1900 bestimmt sich die Frage, ob und in welcher Höhe ein Anspruch auf Verzugszinsen begründet ist, ausschließlich nach dem B.G.B. K.G. Berlin, U. v. 19. Mai 1900 (R.O. 1900 S. 161 Nr. 91).

6. Die Formvorschrift des § 313 B.G.B. gilt auch für Grund- § 313.
stücke, für welche das Grundbuch noch nicht angelegt ist; denn es handelt sich im § 313 B.G.B. nicht um ein Rechtsgeschäft, welches den Erwerb oder Verlust des Eigentums an einem Grundstücke (E.G. a. 189) zum Inhalte hat (sog. dinglicher Vertrag), sondern um ein Rechtsgeschäft, durch welches sich jemand verpflichtet, das Eigentum zu übertragen (obligatorischer Vertrag). Der Umstand, daß im gegebenen Falle die Anwendung der Bestimmung des § 313 Satz 2 ausgeschlossen ist, weil das Eigentum an dem betreffenden Grundstücke durch Tradition (nicht durch Auflassung) übergeht, hindert die Anwendung dieses Paragraphen im übrigen nicht. O.L.G. Frankfurt a. M., B. v. 29. Mai 1900, S.A. Bd. 56 S. 124, R.O. 1900 S. 95 f.

Auch der Vertrag über Einräumung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstücke bedarf der im § 313 B.G.B. vorgeschriebenen Formen. Denn durch den Vertrag verpflichtet sich der Eigentümer, das Eigentum zu übertragen, wenn er einen Kaufvertrag über sein Grundstück abschließen und dann der Vorkaufsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen sollte (B.G.B. §§ 505 Abs. 2, 433). O.L.G. Jena, B. v. 28. Aug. 1900, R.O. 1900 S. 293.

Für die gerichtliche Beurkundung eines Prozeßvergleichs auf Übertragung von Eigentum sind nicht die Bestimmung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 167) und der dazu ergangenen Landesgesetze, sondern die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung (§§ 159 ff.) maßgebend. O.L.G. Stuttgart, U. v. 29. Nov. 1900, R.O. S. 51.

7. Die Bestimmung des § 324 B.G.B. findet auch auf den § 324.
Mäklervertrag (§ 652) Anwendung. Hat also jemand dem Mäkler fest und unwiderruflich bis zu einem bestimmten Zeitpunkte den Auftrag zum Verkauf eines Hauses erteilt, verkauft er jedoch das Haus selbst vorher einem Dritten, so behält der Mäkler den An-

Digitized by Google

spruch auf Provision und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Thätigkeit des Mäklers bereits einen Erfolg hatte oder nicht; denn die dem Mäkler vertragsmäßig obliegende Leistung, innerhalb der Frist einen Kaufliebhaber beizuschaffen und den Verkauf zu stande zu bringen, ist infolge eines Umstandes, den der Auftraggeber wegen Verletzung seiner Vertragspflichten zu vertreten hat, unmöglich geworden. O.L.G. Karlsruhe, U. v. 13. Juli 1900, R.O. 1900 S. 236 f.

§ 343. 8. Findet § 343 B.G.B., welcher die Herabsetzung einer verwirkten unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe auf den angemessenen Betrag durch richterliches Urteil gestattet, auch Anwendung, wenn das Schuldverhältnis, für welches die Vertragsstrafe festgesetzt ist, vor dem 1. Januar 1900 begründet ist?

a) O.L.G. Hamburg, U. v. 9. Febr. 1900 (H.G. 1900 Nr. 14 unter 46) bejaht die Frage mit folgender Begründung. „Es sei eine auf sittlichen Gründen beruhende, dem öffentlichen Rechte angehörige Befugnis, welche den Gerichten der verwirkten Strafe gegenüber beigelegt und als ein Attribut der Gerichtsbarkeit sofort zur Geltung zu bringen sei, sobald sie um Ermäßigung einer solchen verwirkten Strafe angegangen werden, möge das zu Grunde liegende Schuldverhältnis entstanden sein, wann es wolle."

b) O.L.G. Kassel, U. v. 23. April 1900 (D.J. 1900 S. 304) verneint die Frage mit folgender Begründung. „Wenn der Gesetzgeber es für angemessen halte, der unbegrenzten Vertragsfreiheit in diesem Punkte eine Schranke zu setzen, so wolle er damit einer veränderten sozialen Anschauung, der Anerkennung des Bedürfnisses eines größeren Schutzes der wirtschaftlich Schwächeren Rechnung tragen; daraus folge aber nicht, daß er dieses Ermäßigungsrecht in dem Sinne als ein unbedingt zwingendes Gebot der sittlichen und wirtschaftlichen Ordnung des Volkslebens betrachtet habe, daß er auch den auf der Grundlage des früheren Rechts in gesetzlich verbindlicher Weise abgeschlossenen Verträgen und den aus denselben erworbenen Ansprüchen rechtliche Geltung habe versagen wollen. Jedenfalls könne das Recht auf Beschränkung in einem Falle nicht eingreifen, in welchem die Zuwiderhandlung schon vor dem 1. Januar 1900 erfolgt sei."

M. E. wird man der Anwendung des neuen Rechts in den Fällen, in welchen die Vertragsstrafe nach dem 1. Januar 1900 verwirkt ist, nicht widersprechen können, freilich nicht aus den in der Entscheidung unter a angegebenen Gründen; denn die richter-

Digitized by Google

liche Amtspflicht zum Urteilen ist in diesem Falle keine andere, als in allen anderen zivilrechtlichen Fällen. Für die Frage, ob eine Vertragsstrafe verwirkt ist, kommt für die Zeit nach dem 1. Jan. 1900 nicht nur das alte Recht, sondern auch das neue Recht deshalb in Frage, weil diese Frage nicht ausschließlich dem Schuldbegründungsgeschäfte, sondern auch dem Schulderfüllungsgeschäfte angehört. Das Erfüllungsgeschäft ist aber nach Maßgabe des neuen Rechts zu beurteilen (s. o. S. 73). Der Anspruch auf die Vertragsstrafe hat freilich seinen Grund in dem Versprechen, er entsteht jedoch erst mit der Verwirkung; die Frage also, in welchem Umfange dieser Anspruch besteht, richtet sich somit nach dem zur Zeit der Entstehung geltenden Rechte. Der Entscheidung unter b wird man also nur für die Fälle, in welchen die Strafe vor dem 1. Jan. 1900 verwirkt ist, beitreten können.

9. Die Aufrechnungserklärung kann im Prozesse von und gegen- § 388.
über dem Prozeßbevollmächtigten erklärt werden. Die Aufrechnungserklärung bezweckt die Beendigung des Streitverhältnisses, hat insoweit neben ihrer materiellen Bedeutung die Natur einer unter § 81 C.P.O. fallenden Prozeßhandlung. K.G. Berlin, U. v. 17. Mai 1900 (R.O. S. 138 Nr. 78 unter 2), O.L.G. Hamburg, U. v. 12. Mai 1900 (R.O. S. 77 Nr. 39, H.G. 1900 Nr. 29 Beibl. unter Nr. 105). Die entgegengesetzte Ansicht vertritt, ohne eingehende Begründung unter Berufung auf Planck, Kommentar S. 170 Anm. 1, L.G. Hamburg U. v. 24. Januar 1900 (H.G. 1900 Nr. 11 S. 64 unter 36).

10. Die Aufrechnung ist ein Tilgungsmittel. Wenn ein Schuldner § 388.
die Aufrechnung nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches als Tilgungsmittel verwenden will, so bestimmt sich die (materielle) Zulässigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, wenn auch die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, vor dem 1. Januar 1900 entstanden ist. Daraus folgt die Zulässigkeit der Aufrechnung trotz der §§ 363, 364 I, 16 A.L.R., die Unzulässigkeit auf Grund des § 393 B.G.B., auch wenn das vor dem 1. Januar 1900 geltende Recht (z. B. das Pr. A.L.R.) eine solche Bestimmung nicht kannte. K.G. Berlin, U. v. 17. Mai 1900 (R.O. 1900 S. 138 Nr. 78 unter 1 u. 3).

11. Der Verkäufer ist dem Käufer schadensersatzpflichtig, wenn §§ 434. 439.
er den Kaufvertrag deshalb nicht erfüllen kann, weil einem Dritten an dem verkauften Grundstücke ein persönliches Vorkaufsrecht zustand und dieses ausgeübt wurde. Der Umstand, ob der Käufer

Digitized by Google

von diesem Vorkaufsrecht Kenntnis hatte, ist dafür gleichgültig. B.G.B. §§ 434, 439 Abs. 1 finden auf diesen Fall keine Anwendung. O.L.G. Hamburg, U. v. 9. April 1900, R.O. S. 83 Nr. 42.

§ 559. 12. Die Bestimmung des § 559 Satz 2 B.G.B., nach welcher das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters sich nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen erstreckt, enthält trotz ihrer sozialpolitischen Bedeutung nicht in dem Sinne zwingendes Recht, daß dieselbe sofort vom 1. Januar ab auch für bereits bestehende Mietsverhältnisse gilt, vielmehr richtet sich die Anwendbarkeit nach dem Art. 171 E.G., wie sich auch aus dem Art. 184 E.G. und per arg. a. contr. aus dem Art. 172 E.G. z. B.G.B. ergibt. O.L.G. Hamburg, B. v. 16. März 1900, R.O. 1900 S. 4 Nr. 2, H.G. 1900 Nr. 20 S. 119 unter 70.

Der Vermieter erwirbt das gesetzliche Pfandrecht nur an denjenigen eingebrachten Sachen, welche Eigentum des Mieters sind, an fremden Sachen entsteht das Pfandrecht auch dann nicht, wenn der Vermieter gutgläubig annimmt, daß sie dem Mieter gehören. Die gegenteilige Ansicht (vgl. D.J. 1900 S. 202, 318) übersieht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch den guten Glauben stützt, nicht aber den Erwerb, der sich im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Gesetzes vollzieht. Demgemäß sagt § 1257 B.G.B. auch nur, daß die Wirkung des gesetzlichen Pfandrechts dem rechtsgeschäftlichen gleichsteht, nicht aber daß die Entstehung beider gleichmäßig zu beurteilen sei. K.G. Berlin, U. v. 22. Nov. 1900 (R.O. 1901 S. 80).

§ 648. 13. Zu den Forderungen aus einem Werkvertrage, für welche das Recht auf Sicherung nach § 648 begehrt werden kann, gehören nicht die Prozeßkosten. Der Anspruch auf Erstattung derselben entsteht nicht aus dem Vertragsverhältnisse, sondern aus der prozessualen Geltendmachung der Forderung, hat also keinen inneren Zusammenhang mit der Forderung aus dem Vertrage (O.L.G. Posen, U. v. 5. Oktober 1900, R.O. 1900 S. 245).

Zu solchen, aus einem Werkvertrage herrührenden Forderungen gehören die Ansprüche für Lieferung und Einsetzung von Fenstern in einem Neubau, indem ein Vertrag solchen Inhalts nicht als Übernahme einer Lieferung im Sinne des § 651 B.G.B., sondern als Werkvertrag anzusehen ist; denn die Leistung des Verpflichteten besteht in der Herstellung eines in dem Bau selbst verwendeten Werkes, eines einzelnen Teiles des Neubaus, nicht nur in

Digitized by Google

der Herstellung und Lieferung von Fenstern für einen Neubau. O.L.G. Köln, B. v. 24. Nov. 1900, R.O. 1900 S. 433 ff.

Für die Eintragung einer Sicherheitshypothek aus § 648 B.G.B. im Wege der einstweiligen Verfügung (C.P.O. §§ 936, 941) gilt nicht die beschränkende Bestimmung des § 866 Abs. 3 C.P.O. — K.G. Berlin, B. v. 17. Dez. 1900, R.O. 1901 S. 221.

14. Ein vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossener, nach Maß- § 656.
gabe des bisherigen Rechts klagbarer Ehemaklervertrag ist auch nach diesem Zeitpunkte trotz der Bestimmung des § 656 B.G.B. klagbar, da die Frage, ob ein Schuldverhältnis ein vollkommenes (klagbares) ist oder nicht, für bestehende Schuldverhältnisse nach Maßgabe des Art. 170 E.G. z. B.G.B. nach dem bisherigen Rechte zu entscheiden ist [K.G. Berlin, U. v. 25. Jan. 1900, S.A. Bd. 55 S. 397 ff., O.L.G. Celle, U. v. 8. Juni 1900 das. S. 399] und die Auffassung, daß ein solches Versprechen unsittlich sei, im Gesetz einen Ausdruck nicht gefunden hat, da das Versprechen nicht für nichtig, sondern für ein erfüllbares, wenn auch nicht klagbares erklärt ist [Reichsger. I C.S., U. v. 20. Juni 1900 (J.W. S. 23)], und es dafür, daß der Gesetzgeber auf Grund der in den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Nichtigkeit der gegen die guten Sitten verstoßenden Geschäfte (§ 138[1] B.G.B.) liegenden ethischen Anschauung auch den vor seinem Inkrafttreten abgeschlossenen Heiratsvermittlungsverträgen die Klagbarkeit habe entziehen wollen, an irgendwie ausreichenden Anhaltspunkten fehlt [Reichsger. 6. C.S., U. v. 12. Juli 1900 (J.W. S. 24)].

15. Durch die Bestimmung des § 763 B.G.B., wonach ein § 763.
Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag verbindlich ist, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist, werden die Strafbestimmungen des Landesrechts gegen das Spiel in auswärtigen Lotterien nicht aufgehoben; denn unmittelbar ergibt sich solche Aufhebung nicht, da der Art. 55 E.G. z. B.G.B. nur die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft setzt; es fragt sich also, ob das B.G.B. eine materielle Grundlage der betreffenden Strafverbote beseitigt und dieselbe damit mittelbar aufgehoben hat. Das ist nicht der Fall, denn nach § 134 B.G.B. ist die Möglichkeit gegeben, daß eine Handlung, obgleich sie verboten ist, verbindlich ist. Daraus folgt, daß grundsätzlich die Strafbarkeit einer verbotenen Handlung mit ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit vereinbar ist.

L.G. Bielefeld, U. v. 10. März 1900 (D.R. 1900 Nr. 8 S. 175).

16. Voraussetzung für den Abschluß eines Vergleichs ist, daß § 779.

Digitized by Google

ein Streit oder die Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird. Ein Streit liegt deshalb nicht weniger vor, wenn der Richter in der Lage ist, ihn sofort zu entscheiden, und ungewiß ist auch, was nur die Parteien nicht wissen. Das beiderseitige Nachgeben bezieht sich nur auf die streitigen und ungewissen Ansprüche, nicht ist erforderlich, daß wirklich zu Recht bestehende Ansprüche teilweise oder ganz aufgegeben werden. Wollte man so weit gehen, so könnte der Vergleich den Streit oder die Ungewißheit nicht beseitigen, vielmehr müßte immer erst eine richterliche Entscheidung ergehen, die der Vergleich doch entbehrlich machen will und soll. Unwesentlich ist, ob die Parteien den Vertrag als Vergleich bezeichnet haben, noch daß er sich nicht auf die Beseitigung des vorhandenen Streites beschränkt. K.G. Berlin, B. v. 29. Nov. 1900, Gruchot Bd. 45 S. 363 ff.

§§ 812, 817. 17. Ist ein Haus zum Bordellbetrieb vermietet, so kann die im voraus bezahlte Miete, falls der Vertrag wegen nicht eingetretener aufschiebender Bedingung hinfällig geworden ist, nicht zurückgefordert werden, da auch in der Zahlung, nicht nur in der Annahme, ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt. O.L.G. Hamburg, U. v. 10. Dez. 1900, R.O. 1901 S. 219.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

VI.

Sprechsaal.

1.

(Zu §§ 459, 460 B.G.B.; ev. § 119.)

Ein medizinisches Lehrbuch, dessen Hauptwert — wie in der Vorrede selbst betont ist — in den Text begleitenden anatomischen Abbildungen beruht, ist in zwei Auflagen erschienen. Zur Herstellung der Abbildungen für die zweite Auflage sind dieselben Klischees benutzt, wie zur ersten Auflage. Die Abbildungen sind daher in der zweiten Auflage sehr viel verwischter, so daß der Zweck des Werkes, den Arzt durch einen Blick auf die Abbildungen zu orientieren, in der zweiten Auflage nur unvollkommen erreicht wird, und dieselbe entschieden als minderwertig gelten muß. — Ein Mediziner, welcher bei einem Freunde die erste Auflage gesehen und dem diese sehr gefallen hat, hat bei seinem Buchhändler ein Exemplar des obenbeschriebenen Werkes bestellt, ohne Bezeichnung der Auflage. Der Buchhändler hat sich an die Verlagsbuchhandlung um Lieferung des Werkes gewandt, es in der neuesten (2.) Auflage erhalten und seinem Besteller zugeschickt und umgehend von demselben zurückempfangen mit dem Bemerken, daß es für ihn — Besteller — absolut unbrauchbar sei, es liege ein Mangel vor der ihn zur Annullierung des Geschäfts berechtige, er könne nur die erste Auflage gebrauchen, da diese — wie er höre — im Buchhandel bereits vergriffen sei; wolle er auf Lieferung nicht bestehen, ev. erkläre er sich mit Lieferung eines alten Exemplars zu antiquarischem Preise einverstanden. Der Buchhändler läßt sich auf Rücknahme des gelieferten Werkes ein, indem er der Ansicht ist, seinerseits gegenüber dem Verleger Wandelung des Kaufes auf Grund der §§ 459, 460 B.G.B. beanspruchen zu können.

2.

Kaufmann Richter in Zwickau ist Generalagent des „Norddeutschen Versicherungsverein“ in Rostock für das Königreich Sachsen. Richter

Digitized by Google

annonciert in sächsischen Zeitungen, er suche Agenten für den Verein, es meldet sich Kl. und wird derselbe von Richter als Agent für Plauen und Umgegend mit einem monatlichen Gehalt von 125 M. fest angestellt; er soll aber dem Verein eine Sicherheit in Höhe von 1000 M. in deutschen Staatspapieren leisten. Kl. kauft sich infolgedessen eine Hamburger Freihafen-Aktie im Betrage von 1000 M. und begibt sich damit zu Richter. Derselbe erklärt diese Art Sicherheit für genügend und machen sich die beiden jetzt daran, die Aktie nach Rostock abzusenden. Sie wird in einen mit dem Richterschen Geschäftsstempel versehenen weißen Bogen geschlagen und in ein mit der R.schen Firma versehenes Kouvert gesteckt. Kl. meint, es müsse auch wohl noch ein Begleitschreiben mitgeschickt werden, aber Richter sagt, das wäre unnötig, er hätte bereits nach Rostock geschrieben, womit sich Kl. denn auch beruhigt. Kl. trägt den Brief alsdann auf die Post und läßt ihn einschreiben, wofür er einen Posteinlieferungsschein erhält. Zwei Tage darauf fährt Richter nach Rostock und begibt sich zu dem Direktor L. des Norddeutschen Versicherungsverein, bei dem inzwischen der Brief mit der Aktie angelangt war, dagegen nicht das Benachrichtigungsschreiben des Richter, das dieser auch wahrscheinlich gar nicht abgesandt hat. Auch R. hat eine Sicherheit von 1000 M. in Papieren hinterlegt, und schuldet derzeit dem Verein aus gegenseitiger Rechnung die Summe von 1050 M. Er bittet nun den L., ihm die von ihm hinterlegte Sicherheit einzutauschen gegen die kürzlich übersandte Hamburger Freihafen-Aktie. Auf Befragen von L. behauptet R., die Aktie gehöre ihm und da ja das Kouvert, sowie der Briefbogen, in dem sie eingeschlagen worden ist, mit der Firma von R. gestempelt gewesen ist, hält L. ihn auch für den Eigentümer und kommt seinem Verlangen nach. Inzwischen hat Kl. sich auf Anweisung von R. nach Plauen begeben, doch da er vergebens auf die ihm von R. verheißene Anstellungsurkunde wartet, schreibt er nach Rostock und bittet, ihm diese sowie eine Quittung über die erhaltene Aktie zu senden. Da erfährt er denn erst, daß die Direktion von diesem ganzen Verhältnis gar nichts weiß, und sich weigert, die Aktie, die sie rechtmäßig erworben hätte, an ihn herauszugeben.

Er klagt jetzt gegen die Direktion auf Herausgabe der Aktie, indem er sich einmal auf sein Eigentum stützt, zum anderen darauf, daß er die Aktie der Direktion als Sicherheit übersandt habe für die aus dem zwischen ihm und R., als Vertreter der Beklagten, abgeschlossenen Vertrage sich ergebenden Ansprüche, und solche Ansprüche nicht entstanden seien.

Beklagte beantragt Abweisung der Klage, indem sie sich auf Erwerb im guten Glauben stützt.

3.

Der Gutsbesitzer A. kehrt bei dem Gastwirt B. in Waren ein und läßt seine Pferde in den Stall desselben bringen. In demselben Stalle stehen auch die Pferde des Viehhändlers C. Nach einiger Zeit erkranken die Pferde des Gutsbesitzers A. an der Rotzkrankheit und müssen getötet werden.

Digitized by Google

Es wird festgestellt, daß die Pferde des Viehhändlers C. bereits rotkrank waren, als sie in den Stall des Gastwirts kamen, ohne daß C. das wußte.

Kann A. Schadensersatz beanspruchen? und von wem?

4.

Der 14jährige Sohn des A. erwirbt durch Erbschaft eine Geldsumme, mit welcher ihm sein Vater ein Grundstück kauft. Der Vater vermietet dasselbe auf 10 Jahre an den C. Nach Ablauf von zwei Jahren, am 1. Januar, verzichtet der Vater auf sein Nutzungsrecht und stirbt am 1. Mai. Nachdem C. die Zinsraten für die ersten beiden Vierteljahre richtig bezahlt hat, verweigert er die Zahlung derselben für das dritte Vierteljahr, vom 1. Juli bis 1. Oktober, indem er erklärte, eine Darlehensforderung gegen den Vater, die am 1. August fällig geworden sei, aufrechnen zu wollen.

5.

Dem A. ist durch einen von der Dachrinne eines Hauses sich lösenden Eiszapfen Schaden zugefügt. Findet § 826 B.G.B. Anwendung?

6.

Vor dem Hause des A. ist bei Glatteis nicht gestreut, während die übrigen Hausbesitzer auf der Seite des A. gestreut haben. B., der des Weges kommt, biegt vor dem ungestreuten Trottoir auf die Mittelstraße, um nicht zu fallen. Die Mittelstraße ist natürlich nicht bestreut, braucht auch von A. nicht bestreut zu werden. B. fällt dort und bricht ein Bein. Kann er A. belangen?

7.

Die Mutter eines unehelichen Kindes ist in jeder Beziehung ungeeignet, dessen Erziehung zu beaufsichtigen. Der Vormund beschließt deshalb, das Kind von ihr fortzunehmen und bei fremden Leuten unterzubringen, erhält hierfür auch die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts. Die Mutter stützt sich aber jetzt bei ihrer Weigerung, das Kind herauszugeben, auf § 1707 des B.G.B.: ihr stehe das Recht der Sorge für die Person des Kindes zu. — Wie hat der Vormundschaftsrichter zu verfahren? — Finden die Bestimmungen über die elterliche Gewalt hier analog Anwendung, so daß, um der Mutter die Sorge für die Person ihres Kindes zu entziehen, erst die Voraussetzungen des § 1666 B.G.B. festzustellen wären? Oder kann das Vormundschaftsgericht — ohne an die Feststellung dieser Voraussetzungen gebunden zu sein — da der Vormund hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes gesetzlich die Stellung eines Beistandes hat (§ 1707), auch noch den Wirkungskreis des Vormundes auf die selbständige Sorge für die Person des Kindes ausdehnen (§ 1687, § 1688 Abs. 2). Liegt diese Ausdehnung nicht schon in der erteilten Genehmigung, das

Digitized by Google

Kind der Mutter fortzunehmen, so daß Vormund schon auf Grund derselben ev. zur Anstellung einer Klage gegen die Mutter auf Herausgabe legitimiert wäre.

Dieser Fall erscheint mir insofern als interessant, als wenn angenommen werden müßte, daß gegen die Mutter nur auf Grund des analog anzuwendenden § 1666 B.G.B. verfahren werden könne, ein klarer Fall von analoger Rechtsanwendung gegeben wäre. Es fehlt im II. Abschnitt des IV. Buch Titel 6 eine Bestimmung entsprechend § 1666 im 4. Titel.

8.

Frau Z. erlangte mit dem 1. Januar 1900 die elterliche Gewalt über ihre minderjährigen Kinder. Sie schuldete denselben damals auf Grund eines Auseinandersetzungsvertrags bar 6000 M. (nämlich den auf die Kinder entfallenden Anteil an einer Lebensversicherungspolice, welche sie erhoben hatte). Von dem Vormunde der Kinder, welcher bis 1900 der gesetzliche Vertreter war, war die Mutter, welche mit dem Gelde lieber spekulieren wollte, als es zur mündelsicheren Verwaltung herauszugeben, schon mehrfach zur Auszahlung gemahnt, schließlich hatte das Vormundschaftsgericht, da die Vermögenslage der Mutter Bedenken erweckte, ihr unter Gewährung einer letzten Frist angedroht, daß dem Vormunde ev. aufgegeben werden solle, Klage gegen sie zu erheben. Bevor das Gericht nun nach dem 1. Januar 1900 zu weiteren Maßregeln aus § 1667 des B.G.B. schreiten konnte, schloß die Mutter mit ihrem Bruder, welcher die im obigen dargelegte Sachlage kennt, auch sehr wohl weiß, welche Pflichten die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt hinsichtlich der Verwaltung von Kindesvermögen, speziell hinsichtlich der mündelsicheren Anlegung von Geld treffen, einen Vertrag, inhalts dessen sie ihm namens ihrer Kinder die 6000 M. derselben als Darlehen, unkündbar bis zu erreichter Großjährigkeit der Kinder, hingab. Das Darlehen ist hypothekarisch nicht gesichert, die persönliche Sicherheit des Bruders als Inhaber eines eben erst gegründeten Weingeschäfts eine geringe, und es besteht also die Gefahr, daß die Kinder ihr Vermögen verlieren werden.

Frage: Besteht irgendwie Aussicht, ev. unter welchen weiteren Voraussetzungen, sofortige Rückgewähr der empfangenen 6000 M. vom Bruder zu erlangen. Das Gericht wird in diesem Falle einen Pfleger zur klageweisen Geltendmachung der Rechte der Kinder bestellen (§ 1667), übrigens ist jetzt auch die Mutter, welche ihre Handlungsweise gereut, zur Klage bereit. Kann unter Umständen § 309 in Betracht kommen (Nebenfrage: Kann Inhaber der elterlichen Gewalt sich der Untreue (§ 266 Str.G.B.) schuldig machen?), kommt § 823 oder 826 B.G.B. zur Anwendung? — Ist wenigstens die Kündigungsklausel richtig (negotium mixtum cum donatione)? Im römischen Rechte würde im analogen Falle mit restitutio in integrum geholfen sein. Die Mutter hat, wie noch zu erwähnen ist, kein Vermögen um die Kinder schadlos zu halten.

Digitized by Google

9.

Der Angestellte eines Kaufmanns verstarb plötzlich. Der Prinzipal machte dem Bruder des Verstorbenen, seinem nächsten Erben, Anzeige von dem Tode und sandte ihm die Sachen des Verstorbenen zu. Der Bruder hat dem Verstorbenen mehrfache Darlehen gewährt, die den Wert der übersandten Sachen übersteigen. Er hat Grund zu der Annahme, daß der Verstorbene weiter kein Vermögen, wohl aber bedeutende andere Schulden gehabt hat. Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs ist wegen der Geringfügigkeit der Masse nicht thunlich.

Kann der Bruder sich aus den Sachen befriedigen? Oder muß er die Sachen den anderen Gläubigern, wenn sie es verlangen, herausgeben? Thut er besser, die Erbschaft zu behalten oder sie auszuschlagen?

10.

Die Ehegatten M. zu W. hatten sich in einem gegenseitigen Testamente wechselseitig zu Erben eingesetzt und außerdem jeder ihren gemeinsamen Sohn.

Nach dem Tode des Ehemanns und, nachdem der Sohn schon seit mehreren Jahren verschollen ist, errichtet die Ehefrau ein neues Testament, in welchem sie neben ihrem Sohne den Kapitän O. zu W. zum Erben einsetzt.

Nach ihrem Tode setzt sich O. in den Besitz des Nachlasses.

Ein vom Waisengerichte bestellter Nachlaßpfleger begehrt von O. die Herausgabe des Nachlasses.

Ist O. zur Herausgabe an den Nachlaßpfleger verpflichtet? (II. Ziv.-Kammer — L.G. Rostock.)

11.

Zu einem Nachlasse gehört ein kaufmännisches Erwerbsgeschäft. Das Geschäft hatte nicht floriert und war im ganzen zur Zeit nicht zu verkaufen. Von der Tüchtigkeit des bisherigen Geschäftsleiters ließ sich erwarten, daß derselbe das Geschäft in die Höhe bringen würde und dadurch dann eine vorteilhafte Verkaufsgelegenheit sich finden lasse. Derselbe hat indessen gekündigt. Der vom Erblasser eingesetzte Testamentsvollstrecker sieht sich daher bewogen, folgende Vereinbarung mit dem Geschäftsleiter einzugehen, um ihn zu halten: Geschäftsleiter verpflichtet sich, nicht gegen den Willen des Testamentsvollstreckers zu kündigen. Ihm werden hierfür im Falle einer Veräußerung des Geschäfts 5000 M. zugesagt. — Das Geschäft wird einige Jahre fortgeführt, ohne daß ein Käufer sich findet. Es ist mit Verlust betrieben, so daß schließlich auch der übrige Nachlaß zur Deckung nicht mehr reicht. Es gelingt dem Testamentsvollstrecker noch, das Geschäft zu verhältnismäßig günstigen Bedingungen im ganzen zu verkaufen, aber auch der Verkaufserlös stellt keine Überbilanz des ganzen Nachlasses her. Der Konkurs wird eröffnet. Die Nachlaßgläubiger weigern sich in demselben, die von dem Geschäftsleiter geltend gemachte Forderung

Digitized by Google

von 5000 M. als Masseschuld oder auch nur als gleichberechtigte Forderung anzuerkennen? — Was ist Rechtens?

12.

Ein Testamentsvollstrecker hat einen Verteilungsplan aufgestellt und denselben den Erben zur Genehmigung vorgelegt. Sämtliche haben genehmigt. Nachträglich kommen dem Testamentsvollstrecker Bedenken wegen des vorgeschlagenen Teilungsmodus, der mit den Anordnungen des Testaments nicht in Einklang steht, und er vollzieht die Teilung auf anderer Grundlage. Ein Erbe ist mit dem neuen Teilungsmodus nicht einverstanden und erhebt Klage auf Vollziehung des alten Teilungsplans. Ist diese dem Testamentsvollstrecker gegenüber — weil er und die Erben sich über die Teilung geeinigt hatten — begründet?

13.

Das Landgericht verurteilte die offne Handelsgesellschaft A. & Co. zur Zahlung von 6000 M. Das Urteil basiert ausschließlich auf der Zeugenaussage eines gewissen X. Die Gesellschaft legt Berufung ein und behauptet:

Nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils sei X. der Gesellschaft als nicht geschäftsführendes Mitglied beigetreten und damit aus einem Zeugen Partei geworden, seine Zeugenaussage sei nicht mehr verwertbar.

Der Gegner beantragte die wiederholte eidliche Vernehmung des X. als Zeugen, indem er ausführte, daß der Eintritt des X. offensichtlich nur zum Schein erfolgt sei.

Das O.L.G. wies den Kläger ab, ein Scheingeschäft sei nicht erwiesen, die Zeugenaussage sei unverwertbar.

War Revision zu empfehlen?

War Kläger schutzlos, wenn auch das Revisionsgericht ihn abwies?

14.

Zählen zu den Erwerbs- oder Idealvereinen

1. Börsenverein der deutschen Buchhändler zu Leipzig.
2. Ist ein Ärzteverein ein sozialpolitischer?
3. Kann ein nicht rechtsfähiger Verein eine Widerklage erheben?
4. Asylverein für Obdachlose; Volksküche.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdruckerei), Naumburg a. S.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die

Verträge auf Leistung an Dritte.

Nach Deutschem Reichsrecht

unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs.

Mit einer Einleitung

(über das römische Recht)

und

mit einem Anhange

(Die Erbverträge zu Gunsten Dritter).

Von

Dr. Konrad Hellwig,

ord. Professor zu Erlangen.

1900. 45 Bogen gr. 8°. 12 M.

Wesen

und

subjektive Begrenzung

der Rechtskraft.

Eine prozessuale Abhandlung

mit

Beiträgen zum bürgerlichen Recht,

insbesondere zur

Lehre von der Rechtsnachfolge

und der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten.

Von

Dr. Konrad Hellwig,

Professor zu Erlangen.

1901. 34 Bogen. 4°. 14 M.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die

subjektiven Grenzen

der

Rechtskraft.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

Preis: 2 M.

Die

Korrealobligationen

im

römischen und im heutigen Recht.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

Preis: M. 9.

Die

Rechtsstellung des Erben

nach dem

deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

I. Teil.

Preis: 5 M. 40 Pf.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhldg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Festschrift

Seiner Königlichen Hoheit dem Prinzregenten

Luitpold

von Bayern

zum

Achtzigsten Geburtstage

dargebracht von der

Universität Erlangen.

II. Band. Juristische Fakultät.

13½ Bog. 4°. Preis: Mk. 5.—.

Hieraus einzeln:

Geugler, Prof. Dr. Gottfried Heinrich, **Über die deutschen Städteprivilegien des XVI., XVII. und XVIII. Jahrhunderts.** 1 M. 20 Pf.

Sehling, Prof. Dr. Emil, **Zur Lehre von den Willensmängeln im kanonischen Recht.** 1 M.

Kipp, Prof. Dr. Theodor, **Wer kann nach deutschem bürgerlichen Recht mit Vermächtnissen belastet werden?** 1 M. 20 Pf.

Rehm, Prof. Dr. Hermann, **Das landesherrliche Haus, sein Begriff und die Zugehörigkeit zu ihm.** 1 M. 20 Pf.

Allfeld, Prof. Dr. Philipp, **Der bedingte Straferlaß.** 1 M.

Digitized by Google

Festgabe

für

Heinrich Dernburg

zum

Doktor-Jubiläum

überreicht von der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Würzburg.

12 1/2 Bogen. 4°. 4 M. 80 Pf.

Hieraus einzeln:

Burckhard, Prof. Dr. H., **Zu Fragmenta Vaticana 269.** Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. 2 Mk.

Oetker, Prof. Dr. Fr., **Strafprozeßbegründung und Strafklagerhebung bei Erlaß und bei Wegfall eines Eröffnungsbeschlusses.** 2 Mk.

Mayer, Prof. Dr. E., **Hansa und Hasbannus im nordfranzösischen Recht.** 1 Mk. 60 Pf.

Festgabe

der

Göttinger Juristenfakultät

für

Rudolf von Jhering

zum

Fünfzigsten Doktor-Jubiläum

am

6. August MDCCCXCII.

13 1/4 Bogen. 4°. 4 Mark 50 Pf.

Hieraus einzeln:

Ehrenberg, Prof. Dr. V., **Die Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten.** 1 Mk. 20 Pf.

Regelsberger, Prof. Dr. F., **Streifzüge im Gebiete des Zivilrechts.** 90 Pf.

Merkel, Prof. Dr. J., **Über die sogenannten Sepulcralmulten.** 1 Mk. 50 Pf.

Freusdorff, Prof. Dr. F., **Die Aufnahme des allgemeinen Wahlrechts in das öffentliche Recht Deutschlands.** 2 Mk.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Das

Deutsche Privatrecht

in

seinen Grundzügen

für Studierende

von

Dr. Heinr. Gottfr. Gengler.

Vierte verbesserte Auflage.

Preis: 13 M., geb. 15 M.

Gengler, Prof. Dr. H. G., Germanische Rechtsdenkmäler. Leges Capitularia Formulae. 12 Mk., Glossar dazu 3 Mk.

— —, Deutsche Stadtrechtsaltertümer. 10 M.

Sammlung

handelsrechtlicher und wechselrechtlicher Fälle.

Zum akademischen Gebrauche

von

Dr. Emil Zehling,

Professor der Rechte in Erlangen.

Zweite vollständig umgearbeitete Auflage.

1 M. 80 Pf., kart. 2 M. 10 Pf.

Das Reichsgesetz

über die

privaten Versicherungsunternehmungen

vom 12. Mai 1901.

Mit Einleitung, Erläuterungen und Sachregister sowie den einschlägigen Vollzugsinstruktionen

herausgegeben von

Dr. Karl Heybeck,

kgl. Regierungsrat im kgl. bayr. Staatsministerium der Finanzen.

2 M. 80 Pf., geb. 3 M. 30 Pf.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Finanzwissenschaft.

Von

Dr. Karl Theodor Eheberg,
Professor der Staatswissenschaften in Erlangen.

6. verb. u. verm. Aufl. 7 M. 80 Pf., geb. 9 M.

Lehrbuch

des

Deutschen Strafrechts.

Von

Dr. Hugo Meyer,
Professor der Rechte in Tübingen.

5. umgearb. Aufl. 12 M., geb. 13 M. 80 Pf.

Einführung

in die

Rechtswissenschaft.

Von

Dr. J. Kohler,
Professor der Rechte in Berlin.

13½ Bogen. 3 M. 60 Pf., geb. 4 M. 50 Pf.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Deutsche und Französische

Verfassungsgeschichte

vom

9. bis zum 14. Jahrhundert

von

Dr. Ernst Mayer,
Professor der Rechte in Würzburg.

2 Bde. 24 M.

Die Verfassung des Deutschen Reichs.

Sechs Hochschulvorträge

gehalten zu Rostock im Sommer 1900

von

Dr. Heinrich Gesfcken,
Professor der Rechte an der Universität.

2 M. 50 Pf., eleg. kart. M. 3.

Das

landesherrliche Abolitionsrecht.

Von

Dr. Joseph Heimberger,
Professor der Rechte in Straßburg.

2 M. 80 Pf.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Wirtschafts- und Verwaltungsstudien

mit

besonderer Berücksichtigung Bayerns.

Herausgegeben von

Dr. Georg Schanz,

Professor in Würzburg.

I. G. Schanz, Zur Geschichte der Kolonisation und Industrie in Franken. (XVIII u. 426 S. Text u. 354 S. Urkunden.) 12 M.

II. L. Hoffmann, Ökonomische Geschichte Bayerns unter Graf Montgelas. 1799—1817. (IV u. 146 S.) 2 M.

III. G. Zoepfl, Fränkische Handelspolitik im Zeitalter der Aufklärung. Mit 2 Karten. (VIII u. 348 S.) 5 M.

IV. A. Köberlin, Der Obermain als Handelsstraße im späteren Mittelalter. (VIII u. 70 S.) 1 Mk. 80 Pf.

V. Wilh. Mayer, Anerben- und Teilungssystem dargelegt an den zwei pfälzischen Gemeinden Gerhardsbrunn und Martinshöhe. Mit 3 Karten. (VIII u. 48 S.) 2 M.

VI. Robert Schachner, Das bayrische Sparkassenwesen. Mit 1 Tabelle. (X u. 132 S.) 3 Mk.

VII. Friedr. Lindner, Die unehelichen Geburten als Sozialphänomen. Ein Beitrag zur Statistik der Bevölkerungsbewegung im Königreich Bayern. Mit 2 Karten. (X u. 238 S.) 4 M. 80 Pf.

VIII. Bruno Kmiotek, Siedelung und Waldwirtschaft im Salzforst. Ein Beitrag zur deutschen Wirtschaftsgeschichte. Mit einer Karte des Salzforstgebiets. (X u. 194 S.) 3 M. 60 Pf.

IX. K. Heil, Die Reichsbank und die bayerische Notenbank in ihrer gegenseitigen Entwicklung in Bayern 1876—1899. Mit 1 Karte. (XII u. 68 S.) 1 M. 60 Pf.

X. Friedrich Müller, Die geschichtliche Entwicklung des landwirtschaftlichen Genossenschaftswesens in Deutschland von 1848/49 bis zur Gegenwart. (XX u. 552 S.) 10 M.

XI. Fr. Lohmann, Die Entwicklung der Lokalbahnen in Bayern. Mit einer Karte. (X u. 238 S.) 6 M. 50 Pf.

XII. A. K. Maier, Der Verband der Glacéhandschuhmacher und verwandten Arbeiter Deutschlands. 1869—1900. (VIII u. 392 S.) 8 M.

XIII. Otto Rustmann, Zur Frage der Mobiliar-Feuerversicherung im Königreiche Bayern. (VIII u. 82 S.) 1 M. 50 Pf.

XIV. Ernst Heubach, Die zukünftige Verkehrsentwicklung auf dem regulierten Main mit besonderer Berücksichtigung der Stadt Würzburg. (X u. 74 S.) 1 M. 80 Pf.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und Dr. Julius Binder,
Professoren der Rechte an der Universität Rostock.

---

2. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1902.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die

Lehre von der Stellvertretung

insbesondere bei

obligatorischen Verträgen.

Von

Dr. Siegmund Schloßmann,
Professor der Rechte in Kiel.

Erster Teil:

Kritik der herrschenden Lehren.

Preis: 6 M. 50 Pf.

Zweiter Teil:

Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung. (Neu!)

Preis: 12 M.

Der Kauf

nach gemeinem Recht.

Von

Dr. August Bechmann.

I. Geschichte des Kaufs im Römischen Recht. 12 M.
II. System des Kaufs nach gemeinem Recht. I. Abt. 10 M.

Die

Verfassung des Deutschen Reichs.

Sechs Hochschulvorträge
gehalten zu Rostock im Sommer 1900
von

Dr. Heinrich Gesfcken,
Professor der Rechte an der Universität.

2 M. 50 Pf. eleg. kart. 3 M.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und Dr. Julius Binder,
Professoren der Rechte an der Universität Rostock.

---

2. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1902.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

AUG 17 '28

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

VII. Bunsen, Die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Jahre 1900. (Forts.) 87

VIII. Binder, Prozeßführung und Verfügungsmacht 103

IX. Binder, Übersicht über die Zeitschriften des Jahrgangs 1900. (Forts.) 135

X. Sprechsaal 152

Digitized by Google

Digitized by Google

VII.

Die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuche im Jahre 1900.

Von

Oberamtsrichter **Bunsen**.

III.

1. Die Frage, welche Folgen aus einer vor dem 1. Januar 1900 § 862.
vorgekommenen Besitzstörung zu ziehen sind (s. E.G. z. B.G.B. Art. 180), entscheidet sich hinsichtlich des Anspruches auf Wiederherstellung und Entschädigung nach dem bis dahin geltenden Rechte, während die Frage, ob aus solcher Störung für die Zukunft Schutz zu gewähren ist, sich für die Zeit nach dem 1. Januar 1900 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche entscheidet. L.G. Colmar, U. v. 19. Jan. 1900 (D.R. 1900 Nr. 7 S. 152).

2. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs schützt nur den- § 892.
jenigen, welcher durch Rechtsgeschäft erwirbt, nicht denjenigen, der im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Recht an einem Grundstücke erwerben will[1]). Während der erste Entwurf diese Ausdehnung wollte, ist sie von der zweiten Kommission beseitigt, ihr ist das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt. K.G. Berlin, U. v. 12. März 1900, E.A.F.G. 1 S. 29 f.

3. Der gutgläubige Erwerb einer Hypothek nützt auch dem §§ 892, 1138.
nicht gutgläubigen Zessionar derselben.

A hat gutgläubig eine Hypothek durch Bewilligung seitens des als Eigentümer eingetragenen Nichteigentümers C erworben. Später

---

[1]) S. oben S. 78 Nr. 12.

Digitized by Google

hat D sein Eigentum an dem belasteten Grundstücke gegenüber dem C erstritten und ist als Eigentümer eingetragen. In Kenntnis dieses Sachverhaltes erwirbt B die Hypothek durch Abtretung seitens des A. Die Klage von D gegen B auf Löschungsbewilligung der Hypothek ist abgewiesen und die Widerklage des B gegen D auf Zahlung der Hypothek ist für begründet erklärt. Es ist ausgeführt, daß der Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuches den Erwerber (hier den A) in die Lage setzt, über das erworbene Recht wirksam zu verfügen, daß der durch § 892 B.G.B. gegen Einreden (hier aus der Person des D) geschützte Erwerber des Rechts wirkliches Recht erworben hat und als solches weiter überträgt (Planck, B.G.B. Sachenrecht, Lief. 10 S. 113 Abs. 2 u. 3; Fuchs, Grundbuchrecht, 2. Heft S. 160 Anm. 8; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 1 zu § 892 Anm. IV, 4 S. 203). K.G. Berlin, U. v. 16. Okt. 1900, S.A. Bd. 56 S. 130 ff., R.O. 1901 S. 266.

§ 903. 4. Der gesetzliche Inhalt des Eigentums kann nicht nach Belieben durch Privatwillkür eingeschränkt werden. Die Zahl der an einem Grundstücke möglichen Rechte dritter Personen ist nach dem B.G.B. eine beschränkte, sie kann nicht beliebig erweitert werden; ein dingliches Recht, welches dem B.G.B. nicht bekannt ist, kann nicht durch Rechtsgeschäft geschaffen, insbesondere kann eine obligatorische Verpflichtung durch Eintragung in das Grundbuch nicht mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattet werden. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen ergeben sich nicht nur aus dem Reichsrechte, sondern können auch auf Landesrecht beruhen (L.G. Hamburg, B. v. 27. Sept. 1900, H.G. 1900 Nr. 52 Beibl. unt. Nr. 187).

§ 912. 5. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen (§§ 912 ff.) finden nach Maßgabe des Art. 181 Abs. 1 E.G. auch dann Anwendung, wenn der Eingriff (Überbau) schon vor dem 1. Januar 1900 stattgefunden hat und Ansprüche daraus erhoben sind. Ist über einen solchen Anspruch nach dem 1. Januar 1900 zu urteilen, so erfolgt die Entscheidung nach Maßgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 912 ff.), nicht nach Maßgabe des bisherigen Rechts (s. z. B. Pr. A.L.R. I, 9 §§ 340 ff.) Reichsger. U. v. 19. Mai 1900 (J.W. S. 15 ff.) [1]).

---

[1]) S. auch O.L.G. Braunschweig, U. v. 9. Nov. 1900, S. A. Bd. 56. S. 126, wo ausgeführt ist, daß jemand im Sinne des § 912 B.G.B. vorsätzlich handelt, wenn er bei dem Bauen nicht darüber im Irrtum gewesen, daß er die Grenze überschreite, wenn er auch auf den Rat und die Genehmigung der

Digitized by Google

Aus der Begründung: Der inhaltlich mit Art. 181 E.G. z. B.G.B. übereinstimmende Art. 106 des Entwurfes ist wie folgt begründet:

„Der Begriff des Eigentums als des Rechtes zu ausschließlicher Sachherrschaft verbunden mit der Befugnis zu derjenigen rechtlichen Verfügung über die Sache, welche das Gesetz gestattet, ist ein unwandelbarer, in Ansehung dessen altes und neues Recht zusammenstimmen müssen. Die Ausschließlichkeit im Herrschaftsrechte macht Unterschiede im Rechtsinhalte, wie dieser zunächst gegeben ist, undenkbar. Der Rest des Eigentums, welche etwaige Beschränkungen sowie Belastungen der Sache übrig lassen, kann ein verschiedener sein; abgesehen von diesen Beschränkungen und Belastungen muß der Rechtsinhalt des Eigentums immer und überall derselbe sein."

„Verschiedenheiten können stattfinden in Ansehung der rechtlichen Wirkungen, insbesondere hinsichtlich des Schutzes und der Befugnis des Eigentümers zu rechtlichen Verfügungen über die Sache; ferner in Ansehung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen. In allen diesen Beziehungen muß gelten, was das jeweilig bestehende Recht bestimmt. Nur die Frage, ob Eigentum zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechts erworben ist, beurteilt sich nach altem Rechte. Die Notwendigkeit der Geltung der jeweiligen Eigentumsnormen erhellt schon daraus, daß andernfalls der größere Teil des neuen Sachenrechts niemals in Kraft treten könnte" (Motive S. 264).

Bei der zweiten Lesung wurde der Regelung des Eigentums durch Art. 106 des ersten Entwurfes nicht widersprochen (Prot. Bd. 6 S. 517). Es ist nicht in Zweifel zu ziehen, daß der Art. 181 cit. bezweckt, das am 1. Januar 1900 bestehende Eigentum mit den sich aus seinem Inhalte ergebenden Befugnissen den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu unterwerfen, und daß demgemäß die Feststellung dieser Befugnisse, welche nach dem 1. Januar 1900 erfolgt, unter Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu erfolgen hat. Es ergibt sich das auch aus dem Gegensatze, in welchen die Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches belastet ist, durch Art. 184 zu dem Art. 181 gestellt sind: Diese bleiben — abgesehen von dem Art. 192—195 — mit dem

---

Baubehörde sich verlassen und gutgläubig angenommen habe, er dürfe so, wie geschehen, bauen.

Digitized by Google

sich aus dem bisherigen Gesetze ergebenden Inhalte und Range bestehen.

„Von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches an" — heißt es im Art. 184 weiter — „gelten jedoch für das Erbbaurecht die Vorschriften des § 1017, für eine Grunddienstbarkeit die Vorschriften der §§ 1020—1028 des Bürgerlichen Gesetzbuches." Hiermit ist klar ausgesprochen, daß da, wo die Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Januar 1900 vorgeschrieben ist, die bisherigen Gesetze außer Geltung gesetzt sind. — — —

Was die Ansprüche aus dem Eigentume angeht, so ist zu unterscheiden zwischen solchen, die als dingliche aus dem gesetzlichen Inhalte des Eigentums fließen, wie der Anspruch auf Herausgabe der Sache (§ 985) und auf Beseitigung von Beeinträchtigungen (§ 1004), und solchen, welche aus einem durch das Verhalten des Besitzers begründeten persönlichen Schuldverhältnisse herrühren, wie die Verpflichtung zum Schadensersatze, der Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 989 ff.). Während die ersteren dem Art. 181 cit. unterfallen und also, auch wenn sie vor dem 1. Januar 1900 begründet waren, nach diesem Zeitpunkte nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen sind, bleiben für die Ansprüche der letzteren Art, die einem vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Schuldverhältnisse entstammen, nach Vorschrift des Art. 170 E.G. die bisherigen Gesetze maßgebend.

Diese Grundsätze werden auch in der Litteratur vertreten, vgl. Habicht, Einwirkung S. 229 f. (2. Aufl. S. 379 Anm. 1), Riedner, Das Einführungsgesetz S. 282 ad b u. β. Die Ansicht Dernburgs (Sachenrecht § 82 Nr. 4 S. 237), der Fuchs (Gruchot Bd. 44 S. 21) folgt, daß bezüglich der vor dem 1. Januar 1900 begonnenen Bauten die Grundsätze des bisherigen Rechts Platz greifen müssen, weil die Vorschriften über den Überbau neue gesetzliche Einschränkungen bilden, übersieht, daß nach Art. 181 cit. in Ansehung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen gelten soll, was das jeweilige bestehende Recht bestimmt ohne Unterschied, ob der Bau begonnen ist [1]).

[1]) Anders liegt die Sache, wenn der Überbauende durch den Überbau schon vor dem 1. Januar 1900 auf Grund des früheren Rechts (s. z. B. Pr. A.L.R. I, 9 § 341, Württemberg bei Roth, Deut. Pr.R. III S. 209 f. Anm. 57—59) Eigentum an der überbauten Fläche erlangt hatte, weil dann

Digitized by Google

6. Nach § 925 B.G.B. müssen die Erklärungen, welche die Auflassung bilden, gleichzeitig vor dem Grundbuchamte (s. aber E.G. Art. 143) abgegeben werden. Daraus folgt, daß eine Auflassung, wenn ihre Erklärung eines Mangels wegen ganz oder zum Teil nicht wirksam ist, nicht dadurch zu Kräften kommen kann, daß der eine Kontrahent einseitig den in seiner Person vorhanden gewesenen Mangel nachträglich ergänzt. Reichsger., U. v. 4. April 1900 (D.R. 1900 Nr. 10 S. 214). § 925.

Die nach § 20 Gr.B.O. als Voraussetzung einer Eintragung erforderliche Einigung über den Übergang des Eigentums (Auflassung, B.G.B. §§ 925, 873) kann nicht durch die Eintragungsbewilligung des Verkäufers verbunden mit dem Eintragungsantrage des Käufers ersetzt werden, es ist vielmehr daneben noch eine besondere, ausdrückliche Auflassungserklärung erforderlich; denn, wenn auch für die nach § 873 B.G.B. erforderliche Einigung regelmäßig eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist und, insbesondere insoweit dabei der Bewerber in Betracht kommt, ohne weiteres angenommen werden darf, daß seine Annahmeerklärung auch stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen kann, so muß doch eine Ausnahme von dieser Formlosigkeit im Falle der Auflassung (B.G.B. §§ 925, 1017, Gr.B.O. § 20) angenommen werden. In diesem Falle müssen die Erklärungen beider Teile bei gleichzeitiger Anwesenheit mündlich erfolgen. Die Form ist gewählt, weil durch Beobachtung derselben allein der ernsthafte und überlegte Wille der Parteien, daß das Eigentum übergehe, zweifelsfrei festgestellt wird. Die Beobachtung dieser Form ist deshalb für die Auflassung wesentlich. Dies ergeben auch die §§ 19 u. 22 Gr.B.O.; denn die im § 19 aufgestellte Regel, daß zur Eintragung einer dinglichen Rechtsveränderung die Bewilligung desjenigen genüge, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, hat durch § 20 für diejenigen Fälle, in welchen die Einigung an eine besondere Form geknüpft ist, eine Ausnahme erlitten, und wird demgemäß für die Auflassung, damit die Beobachtung der Form gesichert bleibt, nur auf Grund der nachgewiesenen materiellen Einigung gewährt, während sonst die formelle in Gestalt des Antrags auf Eintragung genügt. O.L.G. Colmar, U. v. 5. April 1900 (Sächs. A. Bd. 10 S. 491 ff.).

---

kein Überbau auf einem fremden Grundstücke vorliegt (s. Habicht, Einwirkung 2. Aufl. a. a. O.).

Digitized by Google

Für die entgegengesetzte Ansicht ist das Folgende geltend gemacht: Eine den Vorschriften der §§ 925, 873 B.G.B. entsprechende Auflassung liegt vor, wenn in der vor dem Notare erfolgten Beurkundung des Kaufvertrages über ein Grundstück im Anschlusse an den Kaufvertrag Verkäufer, indem die Parteien gleichzeitig erklären, daß sie ihre Erklärungen gegenseitig annehmen, bewilligt und beantragt, den Käufer *als Eigentümer* des verkauften Grundstücks im Grundbuch einzutragen. Dieser Antrag enthält zweifellos zugleich den Ausdruck des *übereinstimmenden* Willens beider Teile, daß das Eigentum an dem verkauften Grundstücke von dem Veräußerer auf den Käufer übertragen werden solle. In diesen Erklärungen muß die nach dem Gesetze erforderliche Einigung (Auflassung) erblickt werden, ohne daß erst noch besonders erklärt zu werden braucht, daß der Verkäufer das Eigentum auf den Käufer übertrage oder diesem das Grundstück auflasse, und daß der Käufer diese Übertragung als diese Auflassung annehme. — — —

Für die Auflassung muß jede Erklärung genügen, die den *übereinstimmenden* Willen der Beteiligten mit Sicherheit erkennen läßt, daß der neue Erwerber des Grundstücks an Stelle des bisherigen Eigentümers *eingetragen* werden soll, nirgends ist vorgeschrieben, daß die Auflassung *neben* dem Eintragungsantrag und dessen Bewilligung noch *besonders* erfolgen müsse. Dies folgt auch nicht aus § 20 G.B., wonach die *Eintragung* nur erfolgen darf, wenn die erfolgte Einigung erklärt ist; denn damit ist nicht gesagt, daß die Einigung dem *Antrage* auf Eintragung zeitlich vorhergehen müsse. L.G. Leipzig, U. v. 16. März 1900 (Sächs. A. Bd. 10 S. 376 ff.).

Die Hinzufügung einer sog. *Rechtsbedingung*, deren Wesen darin besteht, daß die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung mit rechtlicher Notwendigkeit von einem künftigen ungewissen Umstande abhängt, macht das Rechtsgeschäft nicht zu einem aufschiebend bedingten im Sinne der §§ 158 ff. B.G.B. Die unter einer solchen uneigentlichen Bedingung bewirkte Auflassungserklärung hindert die Eintragung des Erwerbers nicht, wenn zur Zeit der Eintragung der Umstand eingetreten ist, es bedarf dann nicht einer Wiederholung der Auflassungserklärung. K.G. Berlin, B. v. 29. Okt. 1900, R.O. 1901 S. 1 f.

§ 950. 7. Der Eigentumsübergang durch Verarbeitung oder Umbildung (Specification) wird ausgeschlossen, wenn bei Übergabe des Stoffes seitens des Eigentümers an den Bearbeiter eine Vereinbarung ge-

Digitized by Google

troffen ist, durch welche sich der Eigentümer des Stoffes das Eigentum an den daraus gearbeiteten neuen Sachen vorbehalten hat. (A.G. Hamburg, U. v. 23. Mai 1900, H.G. 1900 Nr. 47, Beiblatt unt. Nr. 164.)

8. Die Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria) setzt voraus, § 1004.
daß ein Eingriff in das Eigentum des Klägers stattfindet, sie ist nicht ohne weiteres gegeben, wenn der Gegenstand des Eigentums beschädigt ist. Anderseits ist nicht erfordert, daß der Beklagte sich ein die Freiheit des Eigentums beschränkendes Recht beilegt. Eine Verletzung des Eigentums liegt vor, wenn die Störung sich trotz des Widerspruchs des Eigentümers wiederholt und fernere Wiederholungen befürchten läßt; denn in diesem Falle genießt der Eigentümer nicht mehr diejenige Freiheit in der Benutzung seines Eigentums, in welcher geschützt zu werden er nach der Rechtsordnung verlangen kann.

9. Der Eigentümer eines Grundstückes mit Fabrikbetrieb (Stein- §§ 1004, 906.
druckerei) ist verpflichtet, die Erschütterungen und Geräusche, welche durch den Betrieb entstehen, soweit sie das erträgliche Maß überschreiten, abzustellen. Die dementsprechend ausgesprochene Verurteilung des Beklagten ist nicht etwa deshalb zu unbestimmt, weil keine bestimmten Einrichtungen genannt sind, die der Beklagte treffen soll, um die übermäßigen Erschütterungen und Geräusche abzustellen, sondern ist gerade die dem negatorischen Anspruche allein angemessene, wie auch nach gemeinem Rechte bereits anerkannt ist. (C.R.G. Bd. 37 S. 174 ff., Bd. 40 S. 184.) Auch ist die fragliche Verurteilung durchaus nicht ungeeignet, vollstreckt zu werden, wie § 890 C.P.O. zeigt. Reichsger., U. v. 10. Mai 1900, Gruchot, Bd. 44 S. 1096 f., J.W. 1900 beil. Beil. S. 1.

10. Die gemeinrechtliche Eigentumsbeschränkung, nach welcher §§ 1004, 912
bei Erbauung eines neuen Gebäudes eine Entfernung von 2 Fuß von der Grenze des benachbarten fremden Grundstückes beobachtet werden muß, ist da, wo sie nach Landesrecht (wie z. B. in Hannover) noch bestand, durch Art. 124 E.G. z. B.G.B. aufrecht erhalten und dadurch dem Nachbar ein Anspruch auf entsprechende Zurückziehung des Gebäudes gegeben; denn mit der bezeichneten gesetzlichen Vorschrift sind auch die Vorschriften über die Folgen der Übertretung durch den Art. 124 cit. aufrecht erhalten. Der gleiche Anspruch kann aber auch nach § 1004 B.G.B. zuerkannt werden, wenn nach Art. 181 E.G. z. B.G.B. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Inhalt und den Schutz des Eigentums für

Digitized by Google

anwendbar erachtet werden sollten. Eine analoge Anwendung des § 912 B.G.B. findet auf diesen Fall nicht statt. O.L.G. Celle, U. v. 1. März 1900 (D.R. 1900 Nr. 13 S. 283 f.).

§ 1018. 11. Die von dem Grundeigentümer übernommene Verpflichtung, eine bestimmte Handlung vorzunehmen (nämlich das Gesims seines Wohnhauses, das in die Luftseite des Nachbars 20 cm hineinragte, auf dessen Verlangen bis zur Grenze beseitigen zu lassen, wenn auf dem Nachbargrundstücke Bauten aufgeführt werden, die die Beseitigung des Gesimses erfordern), stellt sich nicht als eine Grunddienstbarkeit, auch nicht als eine Reallast dar und kann deßhalb nicht in das Grundbuch eingetragen werden; denn ein Thun zu Gunsten des Berechtigten kann nicht der wesentliche Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein, der Satz „servitus in faciendo consistere nequit" gilt auch für das Bürgerliche Gesetzbuch. Als Reallast kann eine solche Verpflichtung nicht eingetragen werden, weil nur eine einmalige Leistung in Frage kommt. K.G. Berlin, B. v. 12. Mai 1900, R.O. 1900 S. 426, Sächs. A. Bd. 11 S. 102 ff.

Der Eigentümer zweier Grundstücke kann nicht das eine zu gunsten des anderen mit einer Grunddienstbarkeit belasten; denn der auch für den Erwerb von Grunddienstbarkeiten maßgebende § 873 B.G.B. verlangt neben der Eintragung die Einigung der Beteiligten, also einen zweiseitigen Akt und § 181 B.G.B. steht der Auffassung durchaus entgegen, daß ein solcher zweiseitiger Akt durch Willensäußerungen des für beide Grundstücke identischen Eigentümers ersetzt werden können. (So Oberneck, Grundbuchrecht S. 395, Fuchs, Grundbuchrecht S. 141, Neumann, Handausgabe zu § 889, Boehm, Reichsgrundbuchrecht S. 118 unter V, A. A. Biermann, Sachenrecht S. 133.) K.G. Berlin, B. v. 24. Septbr. 1900, R.O. 1900 S. 427.

§ 1090. 12. Die Häuser des Klägers und des Beklagten stoßen mit den Hintergebäuden an einander und sind durch einen Durchgang verbunden. Dem Grundstücke des Beklagten steht die Grundgerechtigkeit zu, wonach die Eigentümer berechtigt sind, durch den Durchgang zu gehen und mit unbespannten Wagen zu fahren. Die Beklagten haben auf ihrem Grundstücke zu beiden Seiten des Durchgangs ungefähr 12 Meter von der Grenze des Klägers je eine weiße Blechtafel mit der in schwarzen Buchstaben hergestellten Aufschrift „Durchgang für Fußgänger und unbespanntes Fuhrwerk" anbringen lassen.

Kläger hat beantragt, den Beklagten zur Entfernung der Tafeln

Digitized by Google

zu verurteilen, da durch dieselben das Publikum in den Irrtum versetzt werde, es handle sich um einen öffentlichen Weg, und daß hierdurch der Verkehr in dem Durchgange sowie der Lärm und die Unreinlichkeit sehr vermehrt worden sei. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Sie gehen davon aus, daß bei der Beurteilung in Beihalt des § 184 E.G. zu B.G.B. auch die Vorschrift des § 1020 Satz 1 B.G.B. zur Anwendung komme, weil der vom Beklagten in Ausübung der Grunddienstbarkeit geschaffene Zustand, dessen Beseitigung mit der Klage erstrebt wird, zur Zeit der Verhandlung der Sache noch fortdauerte, nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft getreten. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob der Beklagte durch Anbringung der Tafeln von den ihm durch die Grundgerechtigkeit erwachsenen Befugnissen in einer das Interesse des Klägers thunlichst schonenden Weise Gebrauch gemacht hat, nicht geprüft, vielmehr nur ausgeführt, es liege in dem Verhalten des Beklagten keine Rechtswidrigkeit.

Die Revision ist begründet befunden und die Sache zurückverwiesen, damit festgestellt werde, ob die Anbringung der Tafeln als eine die Interessen des Klägers thunlichst schonende Ausübung der Grundgerechtigkeit anzusehen ist. Reichsger. VII C.S., U. v. 15. Juni 1900, J.W. 1900 bes. Beil. S. 17.

13. Eine Hypothek kann nicht eingetragen werden, wenn die § 1113.
Forderung, für welche sie bewilligt wurde, nach dem Willen der Parteien nicht realisierbar ist, indem die Kündigung ausgeschlossen und nach dem Tode des Gläubigers die Hypothek dem Schuldner zufallen soll, so daß dieser berechtigt sein soll, sie auf seinen alleinigen Antrag löschen zu lassen. Bis zum Tode des Gläubigers sollen diesem 4% Zinsen gezahlt werden. Steht somit fest, daß der Gläubiger kein Recht hat, die Forderungssumme zu verlangen, so besteht die Forderung, für welche die Hypothek haften soll, nicht. K.G. Berlin, B. v. 29. Okt. 1900, R.O. 1901 S. 9.

14. Die Eintragung der Verpflichtung des Eigentümers, der § 1115.
eine Amortisationshypothek für ein Darlehn bewilligt hatte, daß, wenn das Darlehn aus irgend einem Grunde vor dem 1. Januar 1910 zur Rückzahlung kommen sollte, den Gläubigern für die Zeit vom Tage der früheren Zahlung bis zum 1. Januar 1910 als Entschädigung der Betrag von ½% für das Jahr vom Nennbetrage des Darlehns zugleich mit diesem zu zahlen sei, ist zulässig (K.G. Berlin, B. v. 18. Juni 1900, R.O. 1900 S. 291).

Zur Eintragung der Hypothek für ein Darlehn einer Kredit-

Digitized by Google

anstalt, deren Satzung öffentlich bekannt gemacht ist (§ 1115 Abs. 2), genügt der Nachweis, daß die Satzung insoweit, als sie die einzutragenden Nebenleistungen betrifft, bekannt gemacht ist; ein Grund, weshalb die Satzung in ihrem vollen Umfange, auch insoweit sie mit den Nebenleistungen in keiner Beziehung steht, zu veröffentlichen sei, ist nicht ersichtlich. K.G. Berlin, B. v. 12. Nov. 1900, R.O. 1901 S. 110 f.

Die Eintragung einer Hypothek im Grundbuche mit dem Vermerke, daß der auf vier vom Hundert festgesetzte Zinssatz sich auf fünf vom Hundert erhöht, wenn die Zinsen nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach der Fälligkeit entrichtet werden, ist zulässig; denn es handelt sich um eine den Zinssatz betreffende Beredung nicht um eine sonstige Nebenleistung, deren Geldbetrag im Grundbuche anzugeben ist. K.G. Berlin, B. v. 21. Mai 1900 (E.A.F.G. 2 S. 79).

Die Eintragung einer in Maßgabe des § 248 Abs. 2 B.G.B. gültig getroffenen Vereinbarung über die Verzinsung rückständiger Darlehnszinsen in das Grundbuch ist unzulässig; denn aus der Berechtigung, sich Zinseszinsen versprechen zu lassen, folgt noch nicht das Recht, diese Zinseszinsen im Grundbuch eintragen zu lassen, ohne sie ihrem Geldbetrage nach zu spezialisieren. Es handelt sich nicht um die Erhöhung des Zinsfußes für die Forderung selbst, sondern um eine Verzinsung der Zinsen für die Forderung. Nach § 1115 B.G.B. ist bei der Eintragung der Hypothek der Zinssatz der Forderung einzutragen, bei anderen Nebenleistungen der Geldbetrag. Um eine solche andere Nebenleistung handelt es sich in vorliegendem Falle. Ob die Angabe des Geldbetrags für die bedungenen Zinseszinsen möglich ist, da sie nur für den Fall, daß Zinsen rückständig bleiben, versprochen sind, mag dahingestellt bleiben. Ist das nicht der Fall, so sind sie überhaupt nicht eintragungsfähig, es sei denn gemäß § 1190 B.G.B. mit dem Höchstbetrag als Sicherungshypothek. K.G. Berlin, B. v. 11. Juni 1900 (E.A.F.G. 2 S. 81 ff.).

Eine Eintragung der Hypothek samt „Zinsen bis zu 5 vom Hundert" ist zulässig; denn in der Angabe eines Maximalsatzes ist die vom Gesetze erforderte Eintragung des Zinssatzes unbedenklich zu finden. L.G. Bautzen, B. v. 26. Jan. 1900 (Sächs. A. 1900 S. 188).

Die Vereinbarung, daß das Darlehn, für welches eine Hypothek eingetragen ist, in Goldmünzen deutscher Reichswährung rückzahlbar sei, ist einzutragen. Solche Eintragung

Digitized by Google

wird nicht ersetzt durch die in der Eintragung der Hypothek erfolgte Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (B.G.B. §§ 1115, 874), denn die sogenannte Goldklausel dient nicht sowohl zur näheren Bezeichnung der Forderung (B.G.B. § 1115 Abs. 1 Satz 2), als zur näheren Bestimmung der Währung, in welcher die Rückzahlung erfolgen soll. Es fragt sich deshalb, ob der Vorschrift des § 28 Satz 2 Gr.B.O. genügt ist, wenn der einzutragende Betrag lediglich auf Reichsgoldmünzen lautet. Dies ist zu bejahen; denn der § 28 Satz 2 cit. will die Eintragung der Hypotheken in einer ausländischen oder in einer gesetzlich beseitigten inländischen Währung entgegentreten, nicht zulässige Vereinbarung über Rückzahlung in Goldmünzen, welche der Reichswährung angehören, von der Eintragung ausschließen. Es ist deshalb auch für das neue Recht die Eintragungsfähigkeit der Goldklausel, jedoch nicht durch bloße Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, festzuhalten. K.G. Berlin, B. v. 30. April 1900 (R.O. 1900 S. 48, E.A.F.G. 2 S. 71 ff.).

15. Gemäß § 1118 B.G.B. haftet das Grundstück für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Soweit es sich nur um solche Kosten handelt, sind sie nicht eintragungsbedürftig und auch nicht eintragungsfähig, weil nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung solche Eintragungen vermieden werden sollen, die nicht erforderlich sind und das Grundbuch unnütz belasten. Erstreckt sich die Hypothek kraft der Bestellungsurkunde auf andere Kosten, so sind diese eintragungsbedürftig, eintragungsfähig aber nur dann, wenn ein Geldbetrag für diese Leistungen angegeben ist. §§ 1115, 1118.

Kammerger., B. v. 11. Juni 1900 (E.A.G.F. 2 S. 83 f.), L.G. Bautzen, B. v. 12. Jan. 1900 (Sächs. A. 1900 S. 189 f.).

16. Bei der Bestellung einer Buchhypothek ist nicht erforderlich, daß auch die Einwilligung des Gläubigers in den Ausschluß des Hypothekenbriefs in der Form des § 29 der Grundbuchordnung nachgewiesen werde, vielmehr genügt, *solange die Hypothek noch nicht eingetragen ist*, zur Ausschließung der Erteilung eines Hypothekenbriefs die Einwilligung des Eigentümers; denn unter einem Rechte, welches von der Eintragung betroffen wird (Gr.B.O. § 19), ist ein *dingliches* Recht, ein Recht an dem Grundstücke oder an einem Rechte an demselben verstanden. Ein solches Recht entsteht erst durch die Eintragung der Hypothek. Wird nun Eintragung der Hypothek und Vermerk über die Ausschließung der Briefserteilung gleichzeitig beantragt, so besteht, wenn die Ein- § 1116.

Digitized by Google

tragung des Ausschlusses erfolgen soll, eine Hypothek für den Gläubiger noch nicht, es wird daher durch den Eintragungsakt ein dingliches Recht des Gläubigers nicht betroffen, deshalb bedarf es für die Eintragung des Ausschlusses nur der Bewilligung des Eigentümers, nicht auch derjenigen des Gläubigers.

LG. Altenburg, B. v. 25. Febr. 1900 (D.R. 1900 Nr. 6 S. 126).

Ebenso hat entschieden:

LG. Chemnitz, B. v. 26. März 1900 (Sächs. A. 1900, Heft 6 S. 379) unter wesentlich gleicher Begründung und unter Hinweis darauf, daß man in dieser Frage zwischen der Begründung einer Buchhypothek und der Umwandlung einer Briefhypothek in eine Buchhypothek unterscheiden müsse. Nur im letzteren Falle werde durch die Eintragung des Ausschlußvermerks das eingetragene Recht des Gläubigers betroffen.

K.G. Berlin, B. v. 12 März 1900 (E.A.F.G. 1 S. 22 ff.) kommt zu demselben Resultat. „Es kann für die Eintragung einer Buchhypothek vom Grundbuchamte nicht mehr als die Eintragsbewilligung und bezw. der Antrag des eingetragenen Eigentumes verlangt werden. B.G.B. § 1116 Abs. 2 Satz 3 erfordert allerdings für alle Fälle der Briefausschließung — ursprüngliche und nachträgliche — zur Rechtswirksamkeit neben der Eintragung die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers. Diese Einigung würde, wenn sie formlos erklärt sei, durch die Eintragung wirksam (§ 873 Abs. 2 B.G.B.), kann aber als ein rein materielles Erfordernis des Rechtserwerbs vom Grundbuchrichter nicht in der Art zur Voraussetzung der Eintragung gemacht werden, daß sie in urkundlich beweisender Form oder überhaupt nachgewiesen werden müßte. Maßgebend sei nach dieser Richtung die Vorschrift des § 19 Gr.B.O., nach welcher die Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Dieser Satz erlaube, was den Nachweis für die der Bewilligung zu Grunde liegenden Vereinbarungen (die Einigung des Bürgerlichen Gesetzbuches) anlangt, eine Einschränkung nur hinsichtlich der Fälle der §§ 925, 1015, 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuches (s. Gr.B.O. § 20). Dagegen hat in allen übrigen Fällen der Grundbuchrichter nur zu prüfen, ob jeder, dessen Recht durch die bewilligte Eintragung berührt wird, derselben in der vorgeschriebenen Form (§ 29 Gr.B.O.) zugestimmt hat, wobei noch erleichternde Bestimmungen (§§ 22—25 Gr.B.O.) in Betracht kommen.

§§ 1116, 1119. 17. Wird eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypo-

Digitized by Google

thekenbriefs ausgeschlossen ist, bezüglich der Zinsen erweitert, so ist der Eintrag, daß die Erteilung des Briefes für die erweiterte Zinshypothek ausgeschlossen sei, unzulässig; denn das Recht auf Zinsen ist seiner Natur nach kein selbständiges Recht, es ist Ausfluß des Hauptrechts und bedingt auch dessen Existenz; die Zinsenforderung ist deshalb unfähig, ein selbständiges Hypothekenrecht zu bilden, über das ein besonderer, zu dauerndem Umlaufe bestimmter Hypothekenbrief ausgefertigt werden könnte. Das ergibt sich daraus, daß die Zinsenforderung, trotz des Eintrags im Grundbuche nach §§ 1158, 1159 B.G.B. jederzeit der Einrede der Tilgung unterworfen bleibt. Eine Erhöhung des Zinsfußes bedeutet daher in allen Fällen, also auch dann, wenn sie über den Rahmen des § 1119 Abs. 1 B.G.B. hinausgeht, lediglich eine Erweiterung der Hauptforderung hinsichtlich eines Nebenanspruches. Die über ihre Zustimmung der gleich- oder nachstehend Berechtigten über 5. v. H. hinaus erhöhten Zinsen stehen den bezeichneten Berechtigten nach und haben nur den dem Zeitpunkt ihrer Eintragung entsprechenden Rang, ohne daß dadurch ihre rechtliche Natur als Erweiterung der Hauptforderung eine Änderung erleidet. Ist daher für die Hauptforderung ein Hypothekenbrief erteilt worden, so ist die Zinserhöhung nur auf dem für die Hauptforderung erteilten Briefe unter Angabe des Rangunterschiedes zu vermerken, ein selbständiger Hypothekenbrief nicht zu erteilen. Ist die Erteilung des Briefes für die Hauptforderung ausgeschlossen, so gilt das Gleiche ohne weiteres für die Zinsforderung, es ist also ein der Eintragung der Zinserhöhung beizufügender Zusatz „Hypothekenbrief ausgeschlossen" unzulässig.

O.L.G. Dresden, B. v. 20. März 1900 (D.R. 1900 Nr. 14 S. 306 f.).

18. Ein Hypothekengläubiger hat die vor der durch Beschlag- § 1123.
nahme des Grundstücks angeordneten Zwangsverwaltung (Z.V.G. v. 24. März 1897 § 148) ergehenden Pfändungen von Mietzinsforderungen mit einer bestimmten zeitlichen Wirksamkeit gegen sich gelten zu lassen (B.G.B. § 1124, C.P.O. § 865 Abs. 2 Satz 2). Er kann sich also gegen die Zugriffe anderer Gläubiger nur dadurch schützen, daß er auf Grund eines vollstreckbaren Titels die Zwangsverwaltung und infolgedessen auch die Beschlagnahme der Mietzinsforderungen erwirkt; es steht ihm mithin auch nicht die Befugnis zu, vor der Beschlagnahme durch einstweilige Verfügung (C.P.O. § 938 Abs. 2) eine Zwangsverwaltung des Grundstücks

Digitized by Google

herbeizuführen, da dies zur Folge haben würde, daß die gesetzliche Grenzlinie zwischen dem Rechte der Hypothekengläubiger und der den anderen Gläubigern verliehenen Pfändungsbefugnis zu gunsten der Hypothekengläubiger verschoben werden würde (O.L.G. Dresden, Beschl. v. 27. Okt. 1900, S.A. Bd. 56 S. 225 f.).

§ 1182. 19. Bei einer Gesamthypothek darf der Zinsfuß bezüglich eines Grundstücks erhöht oder ermäßigt werden. K.G. Berlin, B. v. 10. Dez. 1900, R.O. 1901 S. 86.

§ 1160. 20. Der Grundeigentümer kann für den Fall künftiger Kündigung einer Briefhypothek auf die Vorlegung des Briefes schon jetzt verzichten. Dieser Verzicht kann eingetragen werden und erlangt dadurch Wirksamkeit für und gegen Dritte; denn die Vorschrift des § 1160 Abs. 2 B.G.B. ist nicht zwingender Natur, wie diejenige des § 1160 Abs. 1, welche aus dem Wesen der Briefhypothek folgt. Die rechtliche Natur der Briefhypothek erfordert an sich keineswegs, daß auch schon zur rechtswirksamen Kündigung oder Mahnung der Brief vorgelegt wird, und das Gesetz hat keineswegs die Wirksamkeit der Kündigung von solcher Vorlegung abhängig gemacht, vielmehr dem Eigentümer nur die Befugnis beigelegt, die ohne Vorlegung des Briefes erfolgende Kündigung unverzüglich zurückzuweisen; solche Kündigung ist also wirksam, wenn die Zurückweisung nicht erfolgt. Damit gibt das Gesetz zu erkennen, daß hinsichtlich der Kündigung die Vorlegung des Briefes nicht für derart mit dem Wesen der Briefhypothek zusammenhängend zu erachten ist, daß auf die Vorlegung nicht wirksam verzichtet werden könnte.

Kammerger., B. v. 2. April 1900 (R.O. 1900 S. 10, E.A.F.G. 1 S. 34 ff.).

§ 1177. 21. Eine durch Vereinigung mit dem Eigentum entstandene Eigentümerhypothek verwandelt sich in eine Grundschuld. Die Eigentümerhypothek kann deshalb nicht als Hypothek, sondern nur als Grundschuld abgetreten und nicht ohne Umwandlung auf den Erwerber im Grundbuche umgeschrieben werden. (K.G. Berlin, B. v. 17. Sept. 1900, R.O. 1900 S. 416 ff.)

§ 1183. 22. Zur Löschung einer auf dem Grundstücke mehrerer Miteigentümer eingetragenen Hypothek ist die Zustimmung sämtlicher Miteigentümer erforderlich; der ohne Nachweis solcher Zustimmung von einem Miteigentümer unter Bezugnahme auf § 13 Gr.B.O. gestellte Antrag genügt zu solcher Löschung nicht; denn der Antrag, den § 13 Gr.B.O. im Auge hat, kann von jedem, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, nur dann gestellt werden, wenn die

Digitized by Google

Voraussetzungen des Antrags vorliegen. Über diese trifft § 13 cit. überhaupt keine Bestimmung; die Voraussetzungen zur Löschung einer Hypothek sind gegeben im § 27 Gr.B.O. u. § 1183 B.G.B. Der letztere bestimmt, daß zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft die Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist, die dem Grundbuchamte oder dem Gläubiger gegenüber zu erklären und unwiderruflich ist. Keine Ausnahme besteht für den Fall, daß das Pfandgrundstück mehreren Miteigentümern gehört. Es ist daher Wille des Gesetzes, daß sämtliche Miteigentümer der Löschung der Hypothek zustimmen. Nur in diesem Falle wird in keins der Rechte der Miteigentümer eingegriffen, was sonst infolge der Bestimmungen über die Eigentümerhypothek der Fall sein würde. K.G. Berlin, U. v. 2. Juli 1900 (Sächs. A. Bd. 11 S. 100 f.).

23. Für die Ausgabe eines Grundschuldbriefes auf den Inhaber ist staatliche Genehmigung erforderlich; denn auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung, mithin auch die Bestimmung des § 795 B.G.B., welche verbietet, Inhaberschuldverschreibungen auf bestimmte Geldsummen ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr zu bringen. § 1195.

Kammerger., U. v. 2. April 1900 (R.O. 1900 S. 104, E.A.F.G. 1 S. 37 ff., S.A. Bd. 56 S. 49 ff.).

24. Eine zeitlich beschränkte Rentenschuld ist nicht eintragungsfähig [1]); denn das Charakteristische der Rentenschuld als selbständiges Kreditinstitut neben der Grundschuld liegt in der Belastung mit einer vom Gläubiger regelmäßig unkündbaren Rente. Die Rentenschuld ist nach § 1199 Abs. 1 B.G.B. eine Grundschuld, deren Eigentümlichkeit darin besteht, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist. Im zweiten Absatze wird vorgeschrieben, daß bei der Bestellung der Betrag, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden §§ 1199 ff

[1]) Die Eintragungsbewilligung lautete: „Der Eigentümer hat an den Berechtigten vom 1. Januar 1902 bis zum 1. Januar 1906 eine Rentenschuld von jährlich 77000 M. zu entrichten; die Zahlung erfolgt in halbjährigen Teilbeträgen nachträglich jedesmal am 1. Juli und 1. Januar jedes Jahres, bei nicht pünktlicher Zahlung ist an Stelle des Rückstandes ein Betrag von 42350 M. zu entrichten. Außerdem erfolgt am 1. Januar 1906 die Schlußzahlung von 10514 M. Der Eigentümer kann diese Rentenschuld nach einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist kündigen und hat eine Ablösungssumme von 1540000 M. zu entrichten."

Digitized by Google

könne, bestimmt und daß die Ablösungssumme ins Grundbuch eingetragen werden müsse. Nach § 1201 kann das Recht der Ablösung dem Gläubiger nicht eingeräumt werden, nur in einem bestimmten Falle gibt ihm das Gesetz (§ 1202 Abs. 2 Satz 2) das Recht, die Ablösungssumme zu verlangen. Der § 1200 erklärt auf die einzelnen Leistungen die für Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften als entsprechend anwendbar, während die Ablösungssumme auch in Bezug auf die Wirkung der Zahlung einem Grundschuldkapital gleichsteht.

Mit dieser Vorschrift ist die begehrte Eintragung nicht vereinbar. Indem die jährlich zu zahlende Rente zum Teil die Ablösungssumme mindert, wird von vornherein dem Gläubiger das Recht zur Ablösung eingeräumt; sie fordert in und mit der Rente einen dem Tilgungsplane entsprechenden Betrag der Ablösungssumme. Aus der gegen § 1201 Satz 1 verstoßenden Beschaffenheit der Rente ergibt sich zugleich, daß sie dem § 1200 Abs. 1 widerspricht; denn, soweit sie die Bestimmung hat, als Zahlung der Ablösungssumme zu wirken, können die Vorschriften über die Hypothekenzinsen nicht auf sie angewendet werden. — — Was vorliegend eingetragen werden soll, ist eine seitens der Gläubigerin unkündbare, allmählich zu tilgende, verzinsliche Grundschuld. K.G. Berlin, B. v. 9. Juli 1900 (R.D. 1900 S. 191 f.).

(Fortsetzung folgt im nächsten Hefte.)

Digitized by Google

VIII.

Prozeßführung und Verfügungsmacht.

B.G.B. § 1380.

Von

Professor Dr. J. Binder.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gewährt dem Ehemann bei der Verwaltungsgemeinschaft das Recht, die zum eingebrachten Gut gehörenden Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. § 1380[1]. Aber der Mann ist nicht berechtigt, über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung der Frau zu verfügen. § 1375. Die Materialien bemerken dazu, daß die Prozeßführung zwar möglicherweise zu einer Verfügung führen könne, aber nicht schon von vornherein Verfügung sei.[1]) Schon dieser Satz legt die Frage nahe, wie es sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch verhält, wenn die Prozeßführung wirklich zu einer Verfügung über eingebrachtes Gut führt, ob der Mann, weil er prozessieren darf, auch im Prozeß verfügen darf, oder umgekehrt, ob er, weil er im allgemeinen des Dispositionsrechtes ermangelt, auch im Prozeß nicht verfügen kann, und endlich, mag das eine oder das andere der Fall sein, ob eine solche Verfügung gegenüber beiden Ehegatten, oder nur gegenüber der Frau, wirksam oder unwirksam ist. In der That hat die Vorschrift auch schon in der Litteratur Bedenken hervorgerufen. Hachenburg hat den Fall erörtert, daß der Mann eine zum eingebrachten Gut gehörende Forderung einklagt: der Mann kann nicht verlangen, daß an ihn geleistet werde; denn in der Annahme der Leistung

[1]) Motive IV S. 231, Protokolle IV S. 172.

Digitized by Google

liegt eine Verfügung über die Substanz eines zum eingebrachten Gute gehörenden Rechtes, zu welcher der Mann nicht berechtigt ist. Sollte er gleichwohl berechtigt sein, auf Leistung zu klagen, so würde für den Schuldner die Gefahr entstehen, verurteilt zu werden und dem Manne auf Grund des von diesem erwirkten Vollstreckungstitels leisten zu müssen, ohne sich dadurch von der Leistungspflicht gegenüber der Ehefrau zu befreien.[2]) Und welchen Sinn hat es, dem Manne eine Klage auf etwas zu gewähren, was er ohne Klage nicht verlangen kann? Der Schuldner darf, wenn ihn der Mann zur Erfüllung auffordert, einwenden, daß er dem Manne ohne Zustimmung der Frau nicht leisten muß, und er kommt jedenfalls, solange diese Zustimmung nicht vorliegt, nicht in Verzug. Aber er soll, wenn der Mann ohne Zustimmung der Frau klagt, nicht verlangen können, daß die Klage abgewiesen werde? Man ist versucht, den Satz 1 des § 1380 so zu verstehen, daß er nur die Legitimationsfrage regelt: Der Mann kann im eigenen Namen klagen; aber zur Einklagung von Forderungen bedarf er der Zustimmung der Frau. Aber dagegen spricht Satz 2 des § 1380: Ist der Mann berechtigt, über das Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen, so wirkt das Urteil auch für und gegen die Frau. Hieraus folgt, daß Satz 1 sich nicht nur auf die Sachlegitimation bezieht, sondern dem Manne ein wirkliches Prozessierungsrecht verleiht, einerlei, welcher Art das geltend gemachte Recht ist. Denn der Satz 2 unterscheidet zwischen solchen Rechten, welche der Verfügungsmacht des Mannes unterstehen, und anderen Rechten des eingebrachten Gutes, und gewährt dem Manne auch in Bezug auf die letzteren das Recht, ein Urteil zu verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob die Frau der Prozeßführung zugestimmt hat oder nicht. Folglich muß dies auch für die Geltendmachung von Forderungen angenommen werden, wenn auch die Redaktoren kaum an diesen Fall besonders gedacht zu haben scheinen. Besser löst das Dilemma Hachenburg, welcher das Prozeßführungsrecht des Mannes nicht bestreitet, aber modifiziert:[3]) Der Mann führt den Prozeß allein und im eigenen Namen; aber wie er außergerichtlich nicht verlangen kann, daß die Leistung an ihn ohne Zustimmung

[2]) Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge, II. Aufl. S. 418 f. Dazu nunmehr Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 305 f., Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 155 ff.

[3]) II. Aufl. S. 420. Ebenso Planck Bem. 2 zu § 1380, Habicht Bem. 3c, Gaupp-Stein, C.P.O. S. 150 N. 16.

Digitized by Google

der Frau erfolgt, so kann er nur darauf klagen, daß an die Frau geleistet werde, wobei die nach § 1396 erforderliche ehemännliche Zustimmung zum Empfang der Leistung in der Klage selbst sachlich zum Ausdruck gebracht ist,[4]) oder daß an den Kläger mit Zustimmung seiner Frau geleistet werde.[5]) In dieser letzteren bedingten Verurteilung würde ein Analogon der von der Zivilprozeßordnung vorhergesehenen Fälle liegen, in welchen die Leistungspflicht an einen Kalendertermin gebunden oder von irgend einem anderen Ereignis abhängig ist.[6]) Damit ist in der That dieses Dilemma beseitigt. Aber dasselbe ist von größerer Bedeutung dadurch, daß es lehrt, daß zwischen der Prozeßführung und der Verfügung über ein Recht wirklich Zusammenhänge bestehen, und daß, wenn das Gesetzbuch dem Manne das Recht gewährt, prozessieren, nicht aber das andere, verfügen zu dürfen, auch andere Kollisionen als die eben erörterte denkbar sind. Dies legt uns die Frage nahe: wie verhält sich die Prozeßführung zur Verfügung, und welche Konsequenzen sind hieraus für das Bürgerliche Gesetzbuch bezw. seinen § 1380 zu ziehen?

I.

Eingehende Untersuchungen darüber, wie sich die Prozeßführung zur Verfügung verhält, fehlen m. W. in der Litteratur des bisherigen Rechts. Es ist zwar oft genug der Satz ausgesprochen, daß Prozeßführung keine Verfügung ist, wenn auch im Prozesse Verfügungen vorkommen können,[7]) aber man ist dieser Frage niemals näher ge-

[4]) Vgl. G.B. § 1821.

[5]) Endemann II § 176 N. 36 nimmt an, daß der Mann, soweit er ohne Zustimmung der Ehefrau verfügen kann (§ 1376) auf Leistung an ihn selbst klagen kann. Dagegen ohne Begründung Habicht S. 233 N. 3c zu § 1380. M. E. ist nach der Natur der im § 1376 genannten Fälle die Frage praktisch nicht möglich, da Ziff. 1 voraussetzt, daß das Geld und die Konsumptibilien der Frau bereits gehören, und Ziff. 2 u. 3 von vornherein ausscheidet. Der Mann kann nicht deshalb, weil der zum eingebrachten Gut gehörenden Forderung eine kompensable Forderung gegenübersteht, verlangen, daß an ihn geleistet werde; sondern er kann nur die zum eingebrachten Gut gehörende Forderung beliebig aufrechnen, sei es in oder außer dem Prozeß, wobei aber, wenn er den Prozeß einleitet, die Aufrechnung nicht von seiner Seite erfolgt. Theoretisch ist aber die Meinung Endemanns gewiß richtig.

[6]) Vgl. C.P.O. §§ 751, 752, 756.

[7]) Vgl. Kohler, Dispositionsnießbrauch (Iherings Jahrb. Bd. 24) S. 219, 256, 319, 320; Prozeß als Rechtsverhältnis S. 95; Zeitschr. f. d. Zivilprozeß 12 S. 100, 102 ff.; Stegemann eod. 17 S. 371; Planck I S. 148, IV S. 124 Bem. 1

Digitized by Google

treten, wohl deshalb, weil dazu der praktische Anlaß fehlte. Fälle, in welchen Einer prozessierte, ohne verfügungsberechtigt zu sein, gab es beinahe nicht, und wo es doch der Fall war, wie z. B. nach der Zivilprozeßordnung im Fall der Veräußerung der im Streit befangenen Sache durch die Partei, da wurde dadurch für dieselbe eine formelle Verfügungsmacht geschaffen, daß man dem Urteil Rechtskraft für und gegen den Erwerber beilegte.[8]) Anderseits wird das Recht, im eigenen Namen Prozesse über fremde Rechte zu führen, geradezu auf die Verfügungsmacht des Prozessierenden zurückgeführt.[9])

Dies ist namentlich in einigen neueren ehelichen Güterrechten der Fall. Der Mann klagt entweder im Namen der Frau, wie im sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch[10]) und dem oldenburgischen Gesetz vom 24. April 1873,[11]) oder er klagt zwar im eigenen Namen und wird deshalb Prozeßpartei, aber hat nur soweit diese „Prozeßstandschaft", als er zu verfügen berechtigt ist, wie nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht[12]) und dem Code civil.[13]) Von

zu § 1380; Habicht S. 232 Bem. 1 zu § 1380; Hachenburg II. Aufl. S. 416. Vgl. nunmehr auch Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 268 f.

[8]) C.P.O. § 325. Vgl. auch unten S. 114.

[9]) Z. B. bei Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 96: „Wie Zivilrechtsgeschäfte, so kann auch das Prozeßrechtsgeschäft mit bindender Wirkung für ein fremdes Vermögen stattfinden" ... „die Möglichkeit einer solchen Beeinflussung beruht darauf, daß jemand zu dem fremden Vermögen in einem Rechtsverhältnis steht, welches ihn befähigt, über dasselbe zu disponieren" .. Vgl. aber auch Dispositionsnießbrauch S. 219, wo Kohler die Prozeßstandschaft nur auf das Administrationsrecht zurückführt.

[10]) Vgl. sächs. B.G.B. §§ 1657, 1674 ff., 1682, 1688, 1690.

[11]) Vgl. Motive IV S. 268.

[12]) Vgl. Landrecht II 1 §§ 231—247. Die Motive zum Entwurf eines B.G.B. IV S. 268 bezeichnen es als zweifelhaft, ob der Mann die Prozesse nach dem Landrecht im eigenen Namen oder im Namen der Ehefrau führt. M. E. folgt das erstere aus der Verweisung auf den Nießbraucher in II 1 § 231. Daß die Zustimmung der Ehefrau, wo sie nach dem Landrecht erforderlich ist, nicht Bevollmächtigung ist, nimmt Förster-Eccius II § 42 zu N. 8, vgl. mit N. 14 an; unklar ist Dernburg, pr. Privatrecht III § 30 Z. 3 vgl. mit I § 116 Z. 3. — Landrecht II 1 § 246 beweist m. E. nicht, daß der Ehemann im Namen der Frau handeln muß; er bezieht sich nur auf I 13 § 119. Die Beantwortung der Frage hängt im wesentlichen davon ab, ob man die Vormundschaft des Mannes deutsch- oder römisch-rechtlich konstruiert. Vgl. auch Kohler, Dispositionsnießbrauch S. 216, Thiele, Archiv f. d. ziv. Praxis 82 S. 46, Petersen, Zeitschrift f. d. Zivilprozeß 18 S. 5 ff.

[13]) Code civil art. 1428; Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Aufl. III § 479, bes. vor N. 13.

Digitized by Google

dem erstgenannten Standpunkt aus war eine Kollision zwischen Prozeßführung und Verfügungsmacht nicht denkbar, da die im Rahmen des Prozesses erfolgenden Verfügungen im Namen der Frau und mithin als Handlungen der verfügungsberechtigten Person vorgenommen wurden, während von dem zweiten Standpunkt aus Verfügungsmacht und Prozeßstandschaft zusammenfielen. Dem gemeinen Recht aber war eine solche Prozeßstandschaft grundsätzlich fremd — wie sie denn auch vorwiegend auf der deutschen vormundschaftlichen Gewere beruht — und sie tritt uns nur in einem Falle sicher entgegen: beim Nießbrauch des Gewalthabers an den Adventizien der Kinder.[14])

Da bezeugen die römischen Quellen, daß in Bezug auf das Adventizgut sowohl der Sohn wie der Vater rechte Kläger und rechte Beklagte sind: nur soll der Vater angehalten werden, der Prozeßführung des Sohnes zuzustimmen, und ebenso der Sohn, wenn er nicht „in prima aetate" ist.[15]) Daß der Sohn dabei im eigenen Namen klagt, ist selbstverständlich, da er als Subjekt des Adventizgutes auftritt. Weniger klar ist dies in Bezug auf die Stellung des klagenden Vaters; wenn er auch nicht wohl als direkter Stellvertreter gedacht werden kann, weil diese Form der Stellvertretung dem römischen Zivilprozeß immer fremd gewesen ist, so könnte man ihn sich doch als procurator denken, d. h. als indirekten Prozeßvertreter. Aber es läßt sich dies insbesondere deshalb nicht annehmen, weil die Stellung des Vaters zu den Adventizien geschichtlich aus dem Eigentum des Vaters am Erwerb des Sohnes hervorgegangen ist; es ist rudimentäres Eigentum, was man als den Dispositionsnießbrauch des Vaters bezeichnet und rudimentäre Vindikationen, actiones utiles, sind es, die der Vater in der Verwaltung der Adventizien anstellt.[16])

Über die Stellung des Sohnes aber gegenüber dem Vater in Bezug auf diese Prozesse sind wir nicht genau unterrichtet. Der Sohn soll der Prozeßführung des Vaters zustimmen; hieraus läßt sich schließen, daß, wenn die Zustimmung erfolgt — und der Sohn

---

[14]) Vgl. darüber Kohler, Dispositionsnießbrauch S. 248 ff.

[15]) l. 8 §§ 1a, § 3 C. de bon. quae liberis 6, 61.

[16]) Vgl. dazu noch l. 1 § 3 C. Theod. de bon. mat. 8, 18; Brinz, Pand. III S. 646 N. 17, Kohler, Dispositionsnießbrauch S. 257 ff. Die Praxis hat freilich früher angenommen, daß der Vater als Vertreter des Sohnes prozessiert: Kohler S. 255 N. 3; Marezoll in Lindes Zeitschr. f. Zivilrecht ꝛc. VIII S. 380 f. Vgl. auch R.G. X S. 150.

Digitized by Google

wird officio iudicis dazu angehalten — das Urteil auch gegen den letzteren wirkt.[17])

Dieser Prozeßführungsmacht entspricht aber durchaus keine Verfügungsmacht.[18]) Der Vater kann das Adventizgut weder veräußern noch belasten,[19]) und wenn ihm an anderer Stelle das Recht eingeräumt wird, die Schulden des Adventizgutes aus seiner Substanz zu berichtigen, so beruht dies wohl auf der alten Parömie: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.[20]) Es bestand hier also das nämliche Dilemma wie im Bürgerlichen Gesetzbuch in Bezug auf das eingebrachte Gut; nur wurde es im römischen Recht dadurch gelöst, daß der Vater an die Einwilligung des Sohnes gebunden wurde, während die gemeinrechtliche Praxis dadurch über die Schwierigkeit hinwegkam, daß sie zwar das Erfordernis der Einwilligung als obsolet betrachtete, aber dafür den Vater zum Vertreter seines Sohnes machte.[21]) Wir sind daher nicht in der Lage, diesen römischen „Dispositionsnießbrauch" zur Konstruktion des uns hier beschäftigenden Rechtsverhältnisses zu verwenden.

Das Nämliche gilt von einem anderen Fall, nämlich dem ususfructus omnium bonorum. Dieser zerfällt bekanntlich in so viele einzelne Nießbrauchsrechte und Quasiusufrukte, als Bestandteile des Vermögens vorhanden sind.[22]) Infolgedessen geschieht die Geltendmachung der Rechte des Nießbrauchers in verschiedener Weise, je nach dem Inhalte des einzelnen seinem Nießbrauch oder Quasinießbrauch unterworfenen Rechts. In Bezug auf Sachen hat er eine besondere Klage, die actio confessoria, welche keine vindicatio utilis ist und das Eigentum des Servitutbestellers nur präjudiziell voraussetzt. In Bezug auf die Forderungsrechte dagegen ist der Vermögensnießbraucher als Quasiusufruktuar wirklicher Gläubiger,

---

[17]) Vgl. l. 8 § 1a cit. (C. 6, 61): et filius simili modo in agendo et pulsando solus habeat et detrimentum et commodum, necessitate patri per officium imponenda tantummodo filio consentire vel agenti vel fugienti ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere, vgl. mit § 3 eod.

[18]) Windscheid II § 517 Z. 2; ungenau Kohler a. a. O. S. 256.

[19]) l. 2 C. de bon. mat. 6, 60; l. 4, l. 6 § 2, l. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6, 61; Windscheid II § 517 N. 8.

[20]) l. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6, 61. Unklar ist mir, wie Kohler S. 256 dazu kommt, auf dieses sehr uneigentliche Dispositionsrecht die Prozeßstandschaft des Vaters zurückzuführen.

[21]) Vgl. Kohler a. a. O. N. 2 und dort Citierte.

[22]) Dernburg Pand. I § 249 Z. 3; Brinz I § 194 lit. e.

Digitized by Google

er stellt die Forderungsklage im eigenen Namen und als allein Berechtigter an;[23]) er ist auch ebenso verfügungsberechtigt über das Forderungsrecht, wie in Bezug auf die Sachen über die actio confessoria; eine Schwierigkeit kann bei dieser Sachlage gar nicht entstehen. Das ist anders in Bezug auf das Nutznießungs- und Prozeßführungsrecht des Mannes über das eingebrachte Gut der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch; denn der Mann übt, wie wir sehen werden, nicht eigene, sondern fremde Rechte, wenn auch im eigenen Namen aus.

II.

Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nach der herrschenden Lehre jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird.[24]) Diese Begriffsbestimmung ist in neuerer Zeit angefochten worden.[25]) Wendt hat versucht, nachzuweisen, daß auch die Rechtsgeschäfte, welche eine solche Rechtsänderung nur bezwecken, nicht auch schon selbst bewirken, im Sinn des Gesetzbuchs Verfügungen seien.[26]) M. E. ist ihm dies nicht gelungen.[27]) Richtig ist nur, daß bei den letztwilligen Verfügungen das Gesetzbuch insofern über diesen Begriff hinausgeht, als es auch die Begründung bloßer Schuldverhältnisse darunter begreift;[28]) aber hieraus lassen sich keine praktischen Konsequenzen ziehen. Der Ausdruck „letztwillige Verfügung" stammt aus der Rechtssprache des gemeinen Rechtes, welches die Verfügung im allgemeinen unter den Rechtsgeschäften nicht hervorhob.[29])

---

[23]) Windscheid I § 206 N. 12; Dernburg I § 249 Z. 2; Brinz I § 194 lit. b; vgl. auch Bekker, Pand. I § 24 N. 1.

[24]) Planck I S. 148; Hölder, Komm. S. 303, 387; Matthiaß I § 463. V B 1; Cosack I S. 153 u. a. m.

[25]) Leonhard, allg. Teil S. 254 N. 2 nennt das Versprechen einer Verfügung eine Verfügung „im weiteren Sinn", bemerkt aber, daß das Gesetz das Wort in der Regel im engeren Sinn verwendet. Während Cosack S. 153 erwerbende Geschäfte vom Begriff der Verfügung ausschließt, verfügen sie nach Leonhard eine Erweiterung des eigenen Herrschaftskreises. Aber das Gesetzbuch setzt, wenn es von Verfügung spricht, stets voraus, daß das Objekt der Verfügung dem Herrschaftskreise des Verfügenden bereits untersteht.

[26]) Wendt, Archiv. f. d. ziv. Praxis 89 S. 420 ff.

[27]) Gegen Wendt s. Planck V Bem. 1 Abs. II zu § 2033; Frommhold S 88 Bem. 4 zu § 2033; Eneccerus-Lehmann II S. 517; Matthiaß II § 167 S. 546 N. 2.

[28]) Vgl. G.B. §§ 1937, 1939, 2174.

[29]) Vgl. z. B. Windscheid I § 69 zu N. 7 ff. und dazu Kipp bei Windscheid

Digitized by Google

Wenn ferner häufig die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Verfügungen den rechtsgeschäftlichen Verfügungen gleichgestellt werden,[30]) so beruht dies darauf, daß das Moment, welches dem Rechtsgeschäft den Verfügungscharakter verleiht, nämlich die unmittelbare Veränderung des Verfügungsgegenstandes eben auch bei der Zwangsvollstreckung und dem Arrestvollzug zutrifft.[31]) So richtig es ferner auch ist, daß der allgemeine Sprachgebrauch unter Verfügungen Anordnungen irgendwelcher Art versteht — daher auch die letztwilligen Verfügungen — und daß es insbesondere obrigkeitliche und richterliche Verfügungen gibt, die nur von diesem Gesichtspunkt aus den Namen Verfügungen tragen können, so läßt sich doch nicht behaupten, wie Wendt meint,[32]) daß die Pandektenlehre von Disposition und Dispositionsbefugnis stets in diesem weiteren Sinne spricht,[33]) und ebensowenig, daß das Gesetzbuch, wenn wir von den letztwilligen Verfügungen absehen, das Wort in jenem weiteren Sinne gebraucht. Davon aber hängt für unsere Frage, ob die Prozeßführung Verfügung ist, alles ab. Denn darüber, daß die Klagerhebung Rechtsgeschäft ist, besteht kaum eine Meinungsverschiedenheit; würde mithin unter Verfügung jede rechtsgeschäftliche Handlung zu verstehen sein, so wäre schon die Klagerhebung eine Verfügung. Dann aber hätte § 1380 eine ganz andere Tragweite, als ihm nach der herrschenden Lehre zukommt: der Ehemann würde zwar nicht außergerichtlich, wohl aber im Prozesse über den Streitgegenstand verfügen können, ein Resultat, mit welchem zwar das Dilemma beseitigt wäre, welches aber weder der Absicht des Gesetzgebers noch auch dem Wortlaut des § 1380 entspricht, insofern nämlich die „Geltendmachung" eines Rechtes wohl seine energische Behauptung durch Anrufung des staatlichen Rechtsschutzes, nicht aber seine Aufgabe oder Schmälerung[34]) bezeichnet und bezeichnen soll. Überdies aber widerspricht

---

8. Aufl. S. 273 f.; Dernburg I §§ 91, 92; Regelsberger I § 148; Wächter, Pand. I § 73 S. 360 f.

[30]) §§ 135, 161, 184 II, 353 II, 499, 883, 2115; Fischer-Henle vor § 104, Planck S. 148 Bem. IX 4 Abs. II; Wendt S. 431.

[31]) Vgl. Schollmeyer, Komm. I S. 264 Bem. 1 zu § 353.

[32]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 431.

[33]) Vgl. z. B. Windscheid I § 81 A. 3; Bekker II § 91; Brinz I § 57 u. a. m.

[34]) Vgl. Cosack I S. 153; der die Verfügung als das vollkommene oder teilweise Aufgeben eines Rechts definiert.

Digitized by Google

dasselbe dem § 1380 deshalb, weil dieser voraussetzt, daß regelmäßig die Prozeßführung gegenüber der Ehefrau wirkungslos ist, während, wenn sie Verfügung wäre, sie geradeso gegenüber der Ehefrau wirken müßte, als wenn diese selbst prozessiert hätte.[35])

Es läßt sich indessen leicht nachweisen, daß die Wendtsche Begriffsbestimmung dem Gesetze nicht entspricht. Der § 353 versteht unter Veräußerung nur eine Verfügung und setzt also die Verfügungsqualität des Geschäftes voraus; ebenso § 2375, wie sich aus der ratio dieser Vorschriften zweifellos ergibt. Die §§ 1124, 1125 ferner stimmen mit dem Verfügungsbegriff der herrschenden Lehre ebenso überein, wie die §§ 574, 575, 1074, 1282, 2114. Hinfällig ist m. E. auch die Behauptung, daß rein obligatorische Geschäfte Verfügungen seien. Ich gebe zu, daß, wenn das Gesetz der Verfügung die Verpflichtung zu verfügen, gegenüberstellt,[36]) damit noch nicht gesagt ist, daß die Verpflichtung nicht auch Verfügung sein könnte. Aber nicht richtig ist die Meinung, daß die §§ 1396, 1397, 1398 für den von der communis opinio angenommenen Gegensatz zwischen Verpflichtung und Verfügung bedeutungslos sind: sie beweisen die verschiedene rechtliche Behandlung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften und damit, daß jene keine Verfügungen sind und sein sollen, weil sonst die verschiedene rechtliche Behandlung unmöglich wäre.[37]) Zu Verfügungsgeschäften bedarf die Frau der Einwilligung oder Genehmigung des Mannes; wären die obligatorischen Geschäfte Verfügungen, so müßte dies auch für letztere gelten; aber diese sind schlechthin gültig[38]) und die Zustimmung des Mannes hat nur die Bedeutung, daß er das Geschäft gegenüber dem eingebrachten Gute gelten lassen muß, was z. B. seine Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung[39]) herbeiführen kann. Das Nämliche gilt von den §§ 1444—1446; nur tritt der Gegensatz zwischen Verpflichtung und Verfügung hier weniger deutlich hervor, weil für beide dasselbe gilt. Ebenso in den §§ 1812, 1821, 1822, 2206.[40]) — Daß die Veräußerung eine Verfügung ist, ist unbestritten;[41]) aber Wendt sucht darzuthun, daß schon der obli-

[35]) arg. § 1376.
[36]) Vgl. die Zusammenstellung bei Fischer-Henle S. 104 u. Planck I S. 148.
[37]) Vgl. Prot. IV S. 197.
[38]) § 1399.
[39]) C.P.O. § 739.
[40]) Der von Wendt citierte § 137 ist für unsere Frage gänzlich belanglos.
[41]) Vgl. Planck I S. 148 u. A.

Digitized by Google

gatorische Kaufvertrag eine Veräußerung sei. Indessen ist es in dieser Beziehung mit der Verweisung auf eine Digestenstelle[42]) nicht gethan. Die Stelle beweist jedenfalls nicht, daß die emptio eine Verfügung ist. Ebensowenig der Satz: Kauf bricht Miete; er hängt zwar damit zusammen, daß die Miete ein nur obligatorischer Vertrag ist,[43]) aber nicht damit, daß der Kauf ein Veräußerungsgeschäft ist. Im § 571 ferner ist unter Veräußerung nicht der Verkauf, sondern die Vollziehung desselben zu verstehen.[44]) Und wenn § 445 die §§ 433—444 auch auf andere Verträge Anwendung finden läßt, die „auf Veräußerung oder Belastung gerichtet sind", so tritt der Gegensatz zwischen Veräußerung und Belastung einerseits und dem darauf gerichteten Verpflichtungsvertrag anderseits scharf genug hervor. Gewiß ist ferner schon der (obligatorische) Verkauf einer Sache, welche einem gesetzlichen Veräußerungsverbot unterliegt, nichtig; aber nicht nach § 135, sondern wegen § 306. Weil die Veräußerung nichtig ist, ist sie unmöglich, und weil sie unmöglich ist, ist auch der „auf diese Leistung gerichtete" Vertrag nichtig. Dagegen kommt § 309 nicht zur Anwendung, weil nicht das Versprechen, sondern nur seine Erfüllung verboten ist.[45]) Deshalb folgt auch aus § 2371 nicht, daß § 2033 sich auf obligatorische Geschäfte bezieht und auf andere nicht beziehen kann. Freilich wird bei der Veräußerung oder Belastung des Erbschaftsanteils durch den Miterben der Verfügungs- mit dem Verpflichtungsvertrag häufig zusammenfallen; aber notwendig ist dies nicht; und wenn es nicht der Fall ist, so muß eben der erstere, um gültig zu sein, auch in der vorgeschriebenen Form abgeschlossen werden.[46])

Verfügung im Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist also nur die unmittelbare Einwirkung auf ein Recht, und zwar die vollständige oder teilweise Rechtsaufgabe. Es gibt keine obligatorischen Verfügungen, aber ebensowenig Acquisitivverfügungen. Hiernach beantwortet sich die Frage, ob die Prozeßführung eine Verfügung ist, von selbst im verneinenden Sinn.

---

[42]) D. 40, 7, 29 § 1.

[43]) Vgl. Windscheid II § 400 N. 7, Dernburg II § 111 Z. 4.

[44]) Vgl. Oertmann Bem. 2 zu § 571.

[45]) Vgl. Hölder S. 303; Oertmann S. 57 Bem. 1c zu § 306.

[46]) Vgl. § 311, Strohal, Erbrecht I. Aufl. S. 163f., Planck V S. 179, Frommhold S. 88, Matthiaß II S. 546 N. 1, Enneccerus-Lehmann II S. 117.

Digitized by Google

III.

Allerdings im römischen Formularprozeß war dies anders: das Recht des Klägers ging durch die Litiskontestation unter und an seine Stelle trat das condemnari oportere.[47]) Litiskontestation war mithin zweifellos eine Verfügung in unserem Sinn, allerdings dadurch ausgezeichnet vor anderen Verfügungen, daß auch der Nichtberechtigte litem kontestieren konnte. Darin äußert sich die mögliche Unabhängigkeit des Prozeßverhältnisses vom materiellen Rechtsverhältnis.[48]) Während nur der über ein Recht verfügen kann, dem die Rechtsordnung die Verfügungsmacht über dieses Recht gewährt, kann einer prozessieren, auch ohne verfügungsberechtigt zu sein: der Nichteigentümer, indem er Eigentum behauptet, der Nichtgläubiger, indem er die Forderung geltend macht, u. s. w. Das ist für unseren Zivilprozeß einfacher zu konstruieren, als für den römischen, wo aus dem dare oportere ein condemnari oportere wurde, wo die Juristen von der Prozeßnovation des Anspruchs sprachen. Zweifellos galt die genannte Unabhängigkeit des Prozesses vom materiellen Rechtsverhältnis auch im römischen Prozeß; aber heute wie damals ist diese Unabhängigkeit keine absolute, sondern nur eine relative; das Prozeßverhältnis besteht ohne das letztere, wenn die Partei nicht Subjekt des letzteren ist; aber sie modifiziert das letztere und beruht auf ihm, wenn die Partei Rechtssubjekt ist. Die Behauptung, es sei unthunlich, die im Prozeß sich entwickelnden Beziehungen als Ausfluß des im Streit befangenen Rechtsverhältnisses anzusehen, geht mithin entschieden zu weit. Gewiß: Prozeß kann sein, auch wenn das materielle Rechtsverhältnis nicht existiert.[49]) Aber existiert dasselbe, so ist Prozeß über dasselbe, es wird darüber verfügt, eine res iudicata geschaffen und durch Vollstreckung das materielle Rechtsverhältnis getilgt. Es besteht also jedenfalls ein hypothetischer Zusammenhang zwischen beiden. Dieser ist denn auch von den römischen Juristen nicht verkannt worden. Da einen Prozeß beginnen kann auch wer nicht der Berechtigte ist, muß der Berechtigte selbst klagen können, auch wenn er nicht verfügen kann. Anderseits muß dem Berechtigten, dem die Verfügungsmacht fehlt, die Klagbefugnis dann fehlen, wenn in der Klage materiell eine Verfügung

[47]) Vgl. zum folgenden Kohler, Prozeß als Rv. S. 98 f.
[48]) Vgl. Wach, Handbuch I S. 37 f.
[49]) S. Wach a. a. O.

Digitized by Google

enthalten ist, und dies ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt. Das römische Recht gestattet dem Ehemann als dem Eigentümer des fundus dotalis seine Vindikation,[50]) obwohl ihm die Veräußerungsbefugnis fehlt; aber es versagt ihm die actio communi dividundo, weil sie auf eine Verfügung, nicht bloß auf Geltendmachung, gerichtet ist,[51]) während diese Klage umgekehrt gegen den Mann erhoben werden kann, da er allein passiv legitimiert ist. Man beachte: Wer Miteigentümer zu sein behauptet, kann die actio communi dividundo anstellen, auch wenn er nicht Miteigentümer ist; aber wer als Ehemann Miteigentümer des fundus dotalis zu sein behauptet, kann sie nicht ausstellen, auch wenn er es wirklich ist. Das beruht darauf, daß die vindicatio als actio in rem den Bestand des materiellen Rechts grundsätzlich unberührt läßt, während die Teilungsklage notwendig verfügt. Daher kann der Berechtigte nicht klagen, wenn er nicht verfügen kann, während umgekehrt der Nichtberechtigte klagen kann, wenn er nur, falls er berechtigt wäre, verfügen könnte.

Dieser hypothetische Zusammenhang zwischen dem Prozeß und dem materiellen Rechtsverhältnis muß auch für das moderne Recht behauptet werden, wenn er auch infolge der Aufgabe des Prinzips der prozessualischen Konsumption abgeschwächt ist. Hätten wir heute noch die novatio necessaria, so würde der Ehemann auf Grund des § 1380 wohl Vindikationen, aber keine Forderungsklagen anstellen können, weil schon in der Klagerhebung eine Verfügung liegen würde. Dies ist nach neuerem Prozeßrecht nicht der Fall. Die Klagerhebung läßt die Substanz des Rechtes unberührt. Es wird durch sie zwar die Rechtshängigkeit der im Streit befangenen Sache begründet;[52]) aber diese ist, auch wenn thatsächlich das materielle Rechtsverhältnis die Grundlage des Prozesses bildet, also Rechtssubjekt und Partei identisch sind, nicht von der Tragweite, daß die Klageerhebung darum als Verfügung bezeichnet werden könnte. Die Einrede der Rechtshängigkeit schließt allerdings eine weitere Klage aus solange die Rechtshängigkeit dauert; aber sie kann wieder mit dieser aufgehoben werden. Allerdings ist es möglich, daß die Rechtshängigkeit und damit der Klagverlust definitiv wird: nämlich durch die Einlassung des Beklagten;[53]) mit der

[50]) Vgl. l. 17 D. de fundo dotali 23, 5; Czyhlarz, Dotalrecht S. 201 N. 2.
[51]) Vgl. l. 2 C. de fundo dot. 5, 23.
[52]) C.P.O. § 263.
[53]) C.P.O. § 271.

Digitized by Google

Klagerhebung gibt also thatsächlich der Kläger etwas von seinem Recht aus der Hand, was der Beklagte nur zu ergreifen braucht, um den Kläger zum iudicium zu zwingen. Es liegt also in dem Prozeßeröffnungsgeschäft mindestens eine Schmälerung der Bewegungsfreiheit des Klägers, die wenigstens an die Verfügung anklingt. Aber trotzdem wird man es nicht als Verfügung bezeichnen dürfen. Denn wenn es auch mißbräuchlich zu einer Verfügung benutzt werden kann, so erstrebt doch der Prozeß an und für sich die Rechtsbehauptung, nicht die Rechtsaufgabe, und die Bindung des Klägers, welche die Einlassung des Beklagten bewirkt, findet ihre Lösung in dem Urteil, welches selbst keine Verfügungsqualität hat.[54])

Zwar kann das Urteil, und mithin die Prozeßführung als Ganzes, im allgemeinen Verfügungsqualität erlangen, dadurch daß der Prozeß benutzt wird, um ein Urteil herbeizuführen, welches der materiellen Rechtslage widerspricht; so enthält das Urteil, durch welches die rei vindicatio des Eigentümers abgewiesen wird, wenn er dies beabsichtigt hat, wenigstens ein Verfügungselement und seine Wirkung ist wenigstens unter den Parteien die einer rechtsgeschäftlichen Verfügung.[55]) Aber davon ist in unserem Fall keine Rede: denn dadurch, daß § 1380 dem vom Ehemann erwirkten Urteil Rechtskraft gegenüber der Frau versagt, nimmt er dem Prozesse, sofern er zum Urteil führt, den Verfügungscharakter. Jedenfalls gegenüber der Frau; ob auch gegenüber dem Manne, wird später zu erörtern sein.

Auch daß durch die Nebenfolgen des Prozesses mittelbar über eingebrachtes Gut verfügt wird, ist nicht möglich. Der Mann kann das eingebrachte Gut nicht mit Prozeßkosten belasten; denn er selbst hat die Kosten seiner Prozeßführung zu tragen.[56]) Eine Widerklage auf Grund eines gegen das eingebrachte Gut gerichteten Anspruchs gegen den Mann ist ausgeschlossen, da dem Mann in Bezug auf das letztere die Passivlegitimation fehlt.[57]) Mithin ist

[54]) Auch die sonstigen Wirkungen der Klagerhebung (C.P.O. § 267, B.G.B. §§ 209 I, 212, 213, 291, 292, 347, 407 II, 818, 989, 994, 996, 1435, 1613, 2023, E.G. dazu Art. 152) geben derselben keinen Verfügungscharakter.

[55]) Die Kontroverse des gemeinen Rechts, ob das Urteil Rechtsgeschäft ist (vgl. die bei Windscheid I § 69 N. 1 b Citierten und dazu noch Brinz IV § 522 N. 19) berührt uns hier nicht. Vgl. hierher auch Hellwig a. a. O. S. 210 f., bes. Anm. 5.

[56]) § 1387 I.

[57]) Vgl. Gaupp-Stein, C.P.O. S. 151 Bem. 2 b (im Widerspruch mit S. 75 Bem. 5); Habicht, S. 233 Bem. 3 b; Prot. IV S. 172.

Digitized by Google

der Fall nicht denkbar, daß aus der Prozeßführung des Mannes ein Vollstreckungstitel gegen die Frau bezw. ihr eingebrachtes Gut hervorgeht, oder m. a. W.: daß der Prozeß zu einer Minderung des letzteren führt.

Daher ist weder die Klagerhebung noch die Prozeßführung über das eingebrachte Gut als Ganzes als Verfügung zu bezeichnen, ja sie kann nicht einmal Verfügungseffekt haben. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie es sich mit den einzelnen Prozeßhandlungen, den im Rahmen des Prozesses liegenden Verfügungen verhält.

IV.

In Bezug auf diese Frage nimmt Planck an, daß die prozeßrechtlichen Handlungen des Mannes, welche sachlich eine Verfügung über das eingebrachte Gut enthalten, verschiedene rechtliche Bedeutung haben, je nachdem der Mann über das geltend gemachte Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen berechtigt ist oder nicht. Im ersteren Fall soll die Verfügung gegen die Frau selbst wirken; im zweiten Fall nur gegen das Recht des Mannes zur Geltendmachung des fraglichen Rechtes der Frau.[58]) Mir scheint dies aus einem doppelten Grunde bedenklich: einmal deshalb, weil die Planckſche Ansicht bei der nämlichen Handlung des Ehemanns ein verschiedenes Verfügungsobjekt voraussetzt: je nachdem die Zustimmung der Frau erforderlich ist oder nicht, verfügt nach ihr der Mann über sein Recht oder über das der Frau — und zweitens, weil ihr eine unmögliche Konstruktion des durch § 1380 dem Manne eingeräumten Klagerechtes zu Grunde liegt. Zweifellos genügt schon der erste Grund, um die Ansicht Plancks hinfällig zu machen: denn was Gegenstand der Verfügung ist, hängt nicht davon ab, ob die Verfügung gültig ist oder nicht, sondern ausschließlich von dem Willen des Verfügenden, und von dem dadurch bestimmten Verfügungsobjekt hängt wiederum die Gültigkeit der Verfügung ab. Liegt eine Verfügung über ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht vor, so ist sie entweder gegenüber der Frau wirksam und dann natürlich mittelbar auch gegenüber dem Manne, oder sie ist überhaupt unwirksam. Stimmt die Frau z. B. einer Veräußerung von eingebrachten Sachen zu, so scheiden diese aus dem eingebrachten Gut und damit auch aus der Verwaltung und Nutznießung des

[58]) Planck IV S. 125 Bem. 1 zu § 1380. Vgl. dagegen Hellwig S. 304.

Digitized by Google

Mannes aus; versagt die Frau ihre Zustimmung, so bleiben sie bei dem eingebrachten Gut und mittelbar auch dem Rechte des Mannes unterworfen.[59]) Es handelt sich also in diesem Falle nicht um eine Verfügung über das Recht des Mannes, sondern um eine Reflexwirkung einer Verfügung über ein Recht der Frau auf das Recht des Mannes. Soll dagegen eine unmittelbare Geschäftswirkung für das Recht des Mannes eintreten, so muß der Mann von vornherein über sein Recht am eingebrachten Gute verfügen; diese Verfügung wirkt dann, insofern sie überhaupt möglich ist, auch gegenüber der Ehefrau, mag sie zustimmen oder nicht, läßt aber anderseits das Recht der Ehefrau am eingebrachten Gut vollkommen unberührt, einerlei, ob ihre Zustimmung erfolgte oder nicht: erforderlich ist zu solchen Geschäften die Zustimmung der Ehefrau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht; § 1375 bezieht sich nur auf Verfügungen der erstbesprochenen Art.

Solche Verfügungen des Mannes über sein Recht sind nun im allgemeinen — d. h. wenn wir zunächst die Prozeßfrage unberücksichtigt lassen — in doppelter Weise möglich: als Verfügungen über sein Recht am eingebrachten Gute selbst, und als Verfügungen über den daraus im einzelnen Fall hervorgehenden Anspruch. Sehen wir von den letzteren vorläufig ab, so erhebt sich die Frage, ob der Mann über sein Recht an dem eingebrachten Gute, d. h. sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht überhaupt verfügen kann. Das glaube ich verneinen zu müssen. Wenn nämlich auch das Gesetzbuch das Recht des Mannes nicht als Nießbrauch, sondern als ein eigenartiges Recht auffaßt,[60]) so ist es doch zweifellos ein Recht an fremdem Vermögen und stimmt es insofern durchaus mit den iura in re des gemeinen Rechtes überein. Es stellt sich als eine Beschränkung der Rechte der Frau dar, wendet sich also in erster Linie gegen diese und nur folgeweise, wegen der vom Gesetz ihm beigelegten dinglichen Natur, auch gegen den nicht berechtigten Dritten. Solche Rechte aber können nur gegenüber demjenigen aufgegeben werden, welcher durch sie beschränkt wird; das Recht des Mannes also nur gegenüber der Ehefrau, und deshalb muß das Recht seine dingliche Wirkung auch gegenüber dem Dritten

[59]) Es gibt also keine relativ wirksame Verfügung über das eingebrachte Gut. Vgl. G.B. § 185; Planck IV S. 107 Bem. 2 zu § 1375; ebenso Habicht S. 219 Bem. *aa*.

[60]) Im Gegensatz zum I. Entwurf; vgl. § 1292 desselben und Mot. IV S. 1292.

Digitized by Google

äußern, solange dies nicht geschehen ist, mag der Mann gegenüber diesem auf das Recht verzichtet haben oder nicht. Das erkennt das römische Recht in Bezug auf die Servituten an: Der Verzicht muß gegenüber dem Eigentümer erklärt werden;[61]) und ebenso verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch, daß der Verzicht auf den Nießbrauch gegenüber dem Eigentümer erklärt werde.[62]) Die Folge ist, daß die Erklärung wirkungslos ist, sobald sie an den Dritten gerichtet ist, so daß sie den Nießbraucher nicht einmal seiner actio confessoria gegen den Dritten beraubt.[63]) Das muß auch gelten, wenn der Verzicht im Prozeß erklärt wird.[64])

Warum dies in Bezug auf das Recht des Mannes am eingebrachten Gut anders sein sollte, ist nicht einzusehen. Die Verwaltung und Nutznießung ist nach dem Gesetzbuch eine notwendige und von dem Willen des Mannes unabhängige Konsequenz der Thatsache, daß etwas zum eingebrachten Gute der Frau gehört. Will der Mann diese Konsequenz verhindern oder beseitigen, so muß er sein Recht gegenüber der Frau aufgeben, und der einzige Weg, den das Gesetzbuch dafür eröffnet, ist der Abschluß eines Ehevertrags in der dafür vorgeschriebenen Form.[65]) Der formlose und einseitige Verzicht gegenüber der Frau ist wirkungslos; umsomehr muß es auch der Verzicht gegenüber einem Dritten sein.

Es fragt sich daher nur, wie es sich mit dem Verzicht auf den aus der Verwaltung und Nutznießung gegenüber einem Dritten zustehenden Anspruch verhält. Wäre dieser, wie Planck meint, „sachlich" eine actio confessoria, so würde die Sache keine Schwierigkeiten bereiten, da der Mann sowohl außergerichtlich wie im Prozesse über sein eigenes Recht verfügen kann und die Zivilprozeßordnung diese Verfügungsmacht voraussetzt, wenn sie die prozeßrechtlichen Wirkungen des Verzichts für Ansprüche aller Art regelt.[66]) Der Erfolg wäre, daß der Mann nicht seinen Nießbrauch,

[61]) Vgl. § 3 J. de usufructu 2, 4; l. 21 D. de S.P.U. 8, 2; l. 20 pr. D. de S.P.R. 8, 3; Windscheid I § 215 N. 11; Dernburg I § 254 N. 13; Brinz I § 198 N. 13 ff. Mit der Kontroverse des gemeinen Rechts, ob der Verzicht der Annahme bedarf und der anderen, ob Dereliktion von Servituten möglich ist, hängt unsere Frage nicht zusammen. Das „cedere" in § 3 J. cit. bedeutet nicht „aufgeben", sondern „übertragen", ebenso wie in l. 66 D. de J. D. 23, 3. Vgl. auch Dernburg I § 246 N. 5.

[62]) G.B. § 1064. Die Ausdehnung auf den Besteller beruht auf § 1062.

[63]) Extraneo cedendo nihil agitur. § 3 J. cit.

[64]) Vgl. Planck, Lehrb. des Civilprozesses I S. 292 ff.

[65]) arg. §§ 1368, 1432 ff., 1371, 1365. [66]) C.P.O. § 306.

Digitized by Google

wohl aber das Recht, ihn gegenüber dem Dritten geltend zu machen, verlieren würde, und daß seiner Klage in jedem Falle eine rechtvernichtende Einrede, beim gerichtlichen Verzicht die der Rechtskraft, entgegenstehen würde. Das Recht der Frau würde dabei intakt bleiben; sie könnte daher immer noch mit Zustimmung des Mannes selbst prozessieren.[67])

Aber ist denn diese Auffassung des ehemännlichen Klagerechts auch begründet? Ich glaube das verneinen zu müssen und kehre damit zu dem zweiten der oben geäußerten Bedenken zurück.[67a])

Im näheren äußert sich Planck über das Klagerecht des Ehemanns folgendermaßen: „Sachlich handelt es sich um eine der actio confessoria des Nießbrauchers entsprechende gerichtliche Geltendmachung des dem Manne zustehenden Verwaltungs- und Nutzungsrechtes. Dieses Recht gelangt in Bezug auf das geltend gemachte Recht der Frau durch das den Beklagten verurteilende Erkenntnis zur Anerkennung, während durch das abweisende Urteil nur im Verhältnis zwischen dem Manne und dem Beklagten festgestellt wird, daß dem Manne kraft seines Verwaltungsrechts nicht das Recht zustehe, das betreffende Recht der Frau geltend zu machen." [68])

Ebenso äußert sich Hachenburg: „Es muß § 1380 als eine Reproduktion des Inhaltes des E. I, wie ihn die Verweisung auf das Nutznießungsrecht ergab, erscheinen, als eine Ermächtigung zum Prozesse lediglich zum Schutze des Nießbrauchs. Was der Ehemann in seiner Klage geltend macht, ist gar nicht das Eigentum, die Dienstbarkeit u. s. w., sondern sein Nießbrauch daran, dessen Durchfechten allerdings wie in allen ähnlichen Fällen den Nachweis des zu Grunde liegenden Rechtes erfordert. Allein die Entscheidung über dieses ist nur ein Inzidentpunkt und daher der Rechtskraft nicht fähig." [69])

Diese Ansicht beruht, wie Hachenburgs Ausführungen ergeben, auf den Motiven,[70]) nach welchen der Ehemann,[71]) die ihm kraft der ehelichen Nutznießung zustehenden Rechte mittels der actio confessoria gegen den Dritten selbständig verfolgen kann. Aber im ersten Entwurf lag die Sache anders als im II. bezw. im Gesetzbuch.

[67]) § 1400. [67a]) Vgl. jetzt auch Hellwig S. 302 ff.
[68]) IV S. 125 Bem. 1.
[69]) Hachenburg S. 420.
[70]) IV S. 232.
[71]) Wie E. I §§ 1292 vgl. mit § 1017 deutlich ergibt.

Digitized by Google

Der E. I versagte dem Manne das Recht, die zum eingebrachten Gut gehörenden Rechte der Frau gerichtlich geltend zu machen; da seine rechtliche Stellung der des Nießbrauchers nachgebildet war, konnte dem Manne diese Prozeßstandschaft deshalb nicht gewährt werden, weil sie sich beim Nießbrauch nicht begründen läßt: wie sollte der Nießbraucher dazu kommen, die Prozesse des Eigentümers zu führen? Hier ist allerdings die Vorstellung angemessen, daß der Nießbraucher nur sein eigenes Recht gerichtlich geltend macht, und daß das Recht des Eigentümers nur die Voraussetzung, nicht den Gegenstand des Rechtsstreites bildet. Die Klage des Nießbrauchers ist daher immer ein und dieselbe, mag sie sich gegen einen Dritten, oder gegen die Ehefrau selbst wenden. Dabei müssen freilich die schon im römischen Recht für den ususfructus omnium bonorum geltenden Modifikationen Anwendung finden. Die actio confessoria ist nur möglich in Bezug auf Sachen; bei Forderungsrechten tritt an ihre Stelle die Forderungsklage, und zwar als direkte, nicht als utilis.[72]) Das nämliche galt für den Nießbrauch an einem Vermögen nach dem Vorschlag des I. E.[73]) und gilt ebenso nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.[74]) Aber abgesehen davon hatte der Nießbraucher nicht etwa die actiones des Eigentümers als utiles; sondern er hatte seine eigenen, sein Recht geltend machenden Klagen, welche nur denen des Eigentümers analog gestaltet waren.[75]) Das sollte nach den Motiven[76]) auch für den Ehemann gelten. Dagegen war er nicht berechtigt, ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht im eigenen Namen geltend zu machen; wollte er über die Rechte der Frau prozessieren, so mußte er als ihr bevollmächtigter Vertreter auftreten.[77]) Das hat die II. Kommission geändert: der Mann tritt jetzt immer im eigenen Namen und mithin als Prozeßpartei auf.[78])

Soll darum noch immer zwischen der actio confessoria und den Klagen über die Rechte der Frau unterschieden werden? Ich muß das verneinen. Sehen wir von der Frau ab, gegen die der Mann natürlich die actio confessoria haben muß,[78a]) um sein Recht ihr gegenüber durchzusetzen, so ist nicht ein-

[72]) Vgl. Windscheid I § 206 N. 12, Dernburg I § 249 Z. 2 u. a.

[73]) E. I § 1038; Mot. III S. 558. [74]) § 1085.

[75]) G.B. § 1065: „entsprechende Anwendung". Vgl. E. I § 1017 und Mot. III S. 532. [76]) IV S. 232.

[77]) E. I §§ 1322 mit 1319. [78]) Prot. IV S. 172.

[78a]) Vgl. auch Stegemann, Zeitschr. f. d. Zivilprozeß 17 S. 345, 365.

Digitized by Google

zusehen, was dem Manne die doppelte Möglichkeit, zu klagen, nützen soll. Der Eingriff des Dritten in die Sphäre des eingebrachten Gutes verletzt in gleicher Weise Mann und Frau; so liegt eine Art von Idealkonkurrenz vor. Zweifellos hätte das Gesetzbuch den Mann schützen können, indem es ihm die actio confessoria gewährte; es hat sie ihm aber geradezu ausdrücklich versagt. Man vergleiche nur das Gesetzbuch mit dem I. Entwurf. Nach § 1292 des letzteren sollten auf die Nutznießung des Ehemanns die Vorschriften über den Nießbrauch Anwendung finden. Damit war dem Manne der konfessorische Rechtsschutz des § 1017 eingeräumt.[79]) Diese actio confessoria unterschied der Entwurf scharf von der Geltendmachung der Rechte der Frau, welche § 1322 dem Manne nur im Namen und mit Vollmacht der Frau gewährte ohne freilich die Frage auch nur zu erörtern, welchen Wert diese doppelte Klagbefugnis für den Mann habe.[80]) Aber bei dieser Regelung der Sache konnte die Frage auch füglich unerörtert bleiben. Mit der confessoria prozessierte der Mann über sein eigenes Recht, nicht über das Recht der Frau, welches nur einen Präjudizialpunkt des Prozesses bildete und mithin von der Prozeßführung des Mannes gar nicht betroffen wurde. Im Namen der Frau prozessierte der Mann nur als Prozeßbevollmächtigter derselben. D. h. sie selbst prozessierte, und das Recht des Mannes bildete gar nicht den Streitgegenstand. Wenn gleichwohl das erwirkte Urteil dem Recht des Mannes präjudizierte, so war dies nur darin begründet, daß in der Vertretung der Frau durch den Mann eine Zustimmung desselben zu *ihrer* Prozeßführung gefunden werden mußte.[81])

Das Gesetzbuch nimmt einen anderen Standpunkt ein. Die Verweisung auf die actio confessoria ist verschwunden.[82]) Das hängt damit zusammen, daß die generelle Verweisung auf den Nießbrauch überhaupt aufgegeben bezw. auf den Erwerb der Nutzungen beschränkt wurde. Dabei bemerken allerdings die Protokolle:[83]) „Daß das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes ein absolutes Recht ist, daß der Mann sein Recht auch gegen Dritte geltend machen kann, steht auch ohne Anwendung der

[79]) Vgl. Motive IV S. 182 Z. 2a.
[80]) Vgl. Motive IV S. 281 f.
[81]) Vgl. E. I § 1302.
[82]) G.B. § 1383 vgl. mit E. I § 1292.
[83]) Prot. IV S. 196.

Digitized by Google

Vorschriften über den Nießbrauch außer Zweifel". Aber m. E. muß dieser Zweifel erwachen angesichts der Thatsache, daß das Gesetzbuch im Gegensatz zum E. I dem Manne das Recht gewährt, die Rechte der Frau im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Und in der That findet sich in den Protokollen eine Bemerkung, welche diesen Zweifel als sehr begründet erscheinen läßt. Schon die für die Ausgestaltung der Verwaltungsgemeinschaft eingesetzte Subkommission [84]) hatte den § 1322 des E. I dahin abgeändert, daß der Mann ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht im eigenen Namen geltend machen kann. Die Begründung dieses Standpunktes in den Protokollen [85]) im Gegensatz zu den Ausführungen in den Motiven [86]) zeigt deutlich, daß es sich dabei nicht um den § 1292 mit § 1017, sondern um den § 1322 des E. I handelte. Der E. I versagte dem Mann die Geltendmachung des Rechtes der Frau im eigenen Namen, da er von ihr bevollmächtigt werden und überdies sein eigenes Recht am eingebrachten Gute auch ohne Zustimmung der Frau geltend machen könne.[87]) Die Protokolle bemerken, daß die Frau nicht selten dem Manne die Vollmacht versagen werde und gewähren ihm die Prozeßführung als Ausfluß seines Verwaltungsrechtes. Um die confessoria handelte es sich also nicht. In der That enthält auch der § 1 des Entwurfs der Subkommission nur die Verweisung auf § 1322,[88]) wenn auch in einem der Sonderentwürfe auf beide Paragraphen verwiesen ist.[89]) Gleichwohl bemerkt die Gesamtkommission in Bezug auf den § i, den späteren § 1380, daß er den § 1292 des I. Entwurfs ersetze, soweit er sich auf den Rechtsschutz des Nießbrauchers beziehe, und gleichzeitig den § 1322 E. I dahin abändere, daß der Mann, soweit er ohne Zustimmung der Frau über das eingebrachte Gut verfügen könne, auch mit der Wirkung für und gegen die Frau prozessieren könne.[90])

Hieraus ergibt sich, daß der Mann nicht zwei, sondern nur eine Klage hat, und daß diese die actio confessoria nicht sein kann. Und dieses Ergebnis entspricht allein der Fassung des § 1380: „Der Mann kann ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht im eigenen Namen gerichtlich geltendmachen." Es ist nach diesem

[84]) Vgl. Prot. IV S. 116. [85]) Prot. IV S. 172.
[86]) Mot. IV S. 282.
[87]) Vgl. die §§ 1292 und 1017 des I. E.
[88]) Prot. IV S. 130.
[89]) Prot. IV S. 151 §§ h und d. [90]) Prot. IV S. 129.

Digitized by Google

Wortlaut nicht möglich, daß, wie Planck und Hachenburg meinen, das Recht der Frau nur einen Präjudizialpunkt für die Klage des Mannes bildet, sondern es bildet umgekehrt das Recht des Mannes am eingebrachten Gut den Legitimationspunkt, während das Recht der Frau allein der Klaggrund, das fundamentum agendi proximum bildet. Die Unmöglichkeit der entgegengesetzten Ansicht zeigt sich auch sofort, wenn wir das mögliche Klagpetitum erwägen. Kraft seines konfessorischen Rechts könnte der Mann wohl die Herausgabe der zum eingebrachten Gut gehörenden Sachen, niemals aber die Zahlung einer Schuld, sei es an ihn selbst, sei es an die Frau, begehren. Denn die confessoria hat das mit der Vindikation gemein, daß sie auf Herausgabe geht, auf die Herstellung des thatsächlichen Verhältnisses, welches die Nutznießung ermöglichen soll, während bei dem Forderungsrecht die Klage auf Erfüllung etwas ganz anderes bezweckt, nämlich die Surrogation eines Nutznießungsgegenstandes (der Forderung) durch einen anderen (das Leistungsobjekt). Wie der Mann kraft seiner Nutznießung dies soll verlangen können, ist unerfindlich.[90a])

§ 1380 bezieht sich mithin nicht auf eine einheitliche Klage aus dem Rechte des Mannes, sondern auf die actiones, vindicationes, negatorischen und konfessorischen Klagen, aus welchen das eingebrachte Gut der Frau sich zusammensetzt. Der Mann prozessiert wie ein Eigentümer, nicht wie ein Nießbraucher, wie über eigenes, nicht wie über fremdes Vermögen.

Hieraus aber ergeben sich wichtige praktische Konsequenzen. Gegenstand des Prozesses ist nicht das eigene Recht des Mannes. Daher kann er im Prozesse nicht über sein eigenes Recht verfügen. Es ist also nicht möglich, den Verzicht auf den Klaganspruch als einen Verzicht auf das eigene Recht des Mannes aufzufassen. Auf das Recht der Frau aber kann der Mann, wie wir gesehen haben, nicht verzichten, weder mit Wirksamkeit für die Frau, noch für ihn selbst. Nun meint allerdings Planck: der Mann verzichtet nicht auf das Recht, sondern nur auf sein Recht zur Geltendmachung des Rechtes. Aber m. E. ist dies unmöglich. Sein Recht ist bloßer Legitimationspunkt, und auf diesen kann der Mann nicht verzichten. Es ist wohl denkbar, daß eine Klage abgewiesen wird, wenn der Kläger seine legitimatio ad causam nicht behauptet und begründet; aber nicht möglich, daß, wenn er

[90a]) Vgl. oben S. 108 f., 120.

Digitized by Google

dies gethan hat, er auf seine Sachlegitimation verzichtet.[91]) Infolgedessen kann der § 306 C.P.O. hier keine Anwendung finden: nicht Verzicht auf ein Recht, sondern nur Verzicht auf ein thatsächliches Verhalten kann in Frage kommen. D. h. der Mann kann nicht auf sein Recht zur Geltendmachung verzichten, sondern nur auf die Geltendmachung selbst; d. h. er kann die Geltendmachung unterlassen. Das ist aber die bloße Erklärung, nicht verhandeln zu wollen, und daraus folgt mit Notwendigkeit, daß in solchem Falle der Kläger nicht durch End- sondern durch Versäumnisurteil abgewiesen werden muß. Infolgedessen ist der angebliche „Verzicht" rechtlich durchaus belanglos: der Einspruch ermöglicht es dem Ehemann, den Prozeß in die frühere Lage zurückzuversetzen und zu verhandeln, d. h. in der Geltendmachung des Rechtes fortzufahren. Man wende nicht ein, daß der Ehemann das Subjekt des Prozeßverhältnisses ist und über dieses daher zu verfügen im stande sein muß. Wenn nämlich auch das Prozeßverhältnis, wie schon oben bemerkt worden ist, von dem materiellen Rechtsverhältnis vollkommen gelöst sein kann, so daß die Prozeßhandlung nur prozessuale Wirkungen äußern kann, ohne das letztere zu berühren, so ist dies doch dann nicht der Fall, wenn der Prozeß wirklich auf dem letzteren beruht, wie dies im abstrakten Falle stets gedacht werden muß. Da ist es möglich, daß die Prozeßhandlung zugleich materielle Folgen hat, und dann hängt ihre Wirksamkeit davon ab, daß die Partei nach Zivilrecht berechtigt ist, in der fraglichen Weise zu verfügen.[92]) So abnorm also das Ergebnis ist, daß der Kläger in der Ausübung seiner Prozeßrechte beschränkt ist, so konsequent ist dasselbe von der materiellen Grundlage unserer Betrachtung aus: eine abnorme Rechtsgestaltung muß eine abnorme Prozeßlage bedingen.

Der Ehemann kann mithin weder auf den Anspruch, den er geltend macht, noch auf „sein Recht zur Geltendmachung" wirksam verzichten. Dazu bedarf er vielmehr der Zustimmung seiner Ehefrau; erst wenn diese erfolgt, kann die Klage auf Grund des § 306 C.P.O. abgewiesen werden. Obwohl also die Abweisung der Klage das Recht der Frau unberührt läßt, ist die Zustimmung der Frau zu der prozessualen Verfügung des Mannes doch keineswegs bedeutungslos.

Von besonderer Bedeutung sind dabei die zunächst nur that-

[91]) Berührungspunkte bei Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 20 ff.; Planck, Lehrb. des Civilprozesses I S. 333.

[92]) Vgl. Planck, Lehrb. I S. 291, 300; aber auch Hellwig S. 157 f.

Digitized by Google

sächlichen Erklärungen, die mittelbar zu Verfügungen führen können. Z. B. das Geständnis. Als Prozeßpartei muß der Ehemann im stande sein, die Einredethatsachen des Beklagten zu bestreiten oder anzuerkennen. Im letzteren Fall erfolgt die Abweisung der Klage, die freilich wiederum für das Recht der Ehefrau am eingebrachten Gut bedeutungslos ist; aber daraus allein folgt nicht, daß der Kläger zu diesem Verhalten berechtigt ist. Wäre dieses Geständnis ohne weiteres eine Verfügung, so müßte es, um überhaupt vom Richter Berücksichtigung zu finden, die Zustimmung der Frau erhalten. Nun wird zwar die Dispositionsnatur des gerichtlichen Geständnisses im allgemeinen zugegeben,[93]) wohl aber kann die Richtigkeit der daraus eben abgeleiteten Konsequenz insofern Bedenken erregen, als der Gegenstand des Geständnisses nicht ein Recht, sondern eine Thatsache oder ein Thatsachenkomplex ist. Immer liegt eine Disposition insofern vor, als der Geständige sich seines prozessualen Rechtes, die gegnerischen Thatsachen zu bestreiten, begibt; insoweit müßte der Mann in der Lage sein, durch sein Geständnis wie durch sonstige Prozeßhandlungen das Ergebnis des Prozesses zu beeinflussen. Liegt aber nicht doch mittelbar in dem Thatsachengeständnis auch eine Verfügung über das Recht, dessen Existenz oder Nichtexistenz von jenen Thatsachen abhängig ist? Man möchte versucht sein, zu unterscheiden, je nach dem Willen, der das Geständnis veranlaßt, und nach der objektiven Richtigkeit derselben, wie dies ja für das außergerichtliche Geständnis geschieht.[94]) Das bewußt unwahre Geständnis wäre Disposition, insofern es — als Geständnis des Beklagten — diesem das Verteidigungsmittel nimmt und das nicht vorhandene Recht des Klägers zur Entstehung bringt; das bewußt unwahre Geständnis des Klägers würde umgekehrt zur Aufgabe seines Rechtes führen, während dem der objektiven Wahrheit entsprechenden Geständnis deshalb keine materiell-dispositive Bedeutung zukommen könnte, weil es zwar prozessual bindend ist, aber keine Veränderung der materiellen Rechtslage hervorbringt. Indessen ist gegen diese sehr naheliegende Argumentation doch ein Einwand zu erheben.

---

[93]) Planck, Lehrb. I S. 321 Z. 2, 330 Z. 7; L. Seuffert, Kommentar zu C.P.O. § 261 (alt) Bem. 3 S. 372; Wilmowski-Levy eod. Bem. 1 S. 404; Wetzell, System S. 171; Wach, Arch. f. d. ziv. Praxis 68 S. 246 u. a., vgl. aber jetzt auch Bülow, Geständnisrecht S. 74—91, L. Seuffert, Komm. 8. Aufl. I S. 440 zu § 288 und Hellwig S. 158.

[94]) Vgl. Wach, Archiv 64 S. 216 ff.

Digitized by Google

Es geht nämlich ebensowenig an, im Prozesse zwischen Verfügung und Nichtverfügung zu unterscheiden, je nachdem der Gegenstand des Geschäftes besteht oder nicht besteht, wie im materiellen Rechte. Ein Rechtsgeschäft ist Verfügung nicht dann, wenn es den rechtlichen Erfolg hat, ein Recht des Handelnden aufzugeben oder zu schmälern, also wenn das Recht, welches den Gegenstand des Geschäftes bildet, wirklich besteht und dem Verfügenden zusteht, sondern immer schon dann, wenn es seinem Inhalte nach diese Wirkung äußern würde, wenn die Voraussetzungen vorliegen würden. Die Tradition ist Verfügung nicht nur, wenn der Tradent der Eigentümer ist, sondern auch, wenn er es nicht ist; nur ist sie im letzteren Fall keine wirksame Verfügung. Die Veräußerung eingebrachten Gutes durch den Ehemann ohne Zustimmung der Frau vermindert das eingebrachte Gut nicht; aber nicht etwa deshalb, weil sie nicht Verfügung ist, sondern gerade weil sie Verfügung ist, und weil deshalb der Mann der Zustimmung der Ehefrau bedarf. Das gilt auch für den Prozeß. Solange derselbe nicht rechtskräftig entschieden ist, ist das Recht des Klägers stets nur hypothetisch vorhanden, und trotzdem ist die Frage der Dispositionsfähigkeit stets kategorisch zu entscheiden. Indem der Ehemann das Recht der Frau geltend macht, behauptet er seine Existenz; indem er die Einreden des Beklagten anerkennt bezw. zugesteht, verfügt er über dasselbe für den Fall, daß es bestehen sollte, wie er es behauptet, und deshalb hat sein Geständnis stets den Charakter eines Verfügungsgeschäftes. In der That würde man bei der entgegengesetzten Auffassung zu einem Hysteronproteron kommen, insofern das Geständnis die Rechtsfrage erledigen soll, während sie in unserem Falle erst recht zu prüfen wäre, um die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Geständnisses des Ehemanns festzustellen. Es liegt die Sache hier also ebenso wie beim Verzicht auf den Anspruch: das Geständnis der Einredethatsachen bedarf stets der Zustimmung der Frau, um prozessual überhaupt in Betracht zu kommen; erfolgt diese nicht, so kann nur ein Versäumnisurteil gegen den Ehemann ergehen.

In Betracht kommt für uns noch der Prozeßvergleich. Auch dieser ist nicht notwendig reiner Prozeßakt; vielmehr hängt es vom konkreten Geschäftsinhalt ab, ob er ausschließlich prozessuale oder auch zivilrechtliche oder nur zivilrechtliche Bedeutung hat.[95]) Der Ver-

[95]) Vgl. über die Geschäftsnatur des Prozeßvergleichs: Wolf, Arch. f. d. c

Digitized by Google

gleich über einen Präjudizialpunkt z. B. hat nur materielle Bedeutung: er ist zwar von Einfluß auf den Ausgang des Prozesses, hat aber keine unmittelbare Wirkung auf das Prozeßverhältnis als solches. Ein Vergleich des Inhalts: Kläger nimmt die Klage zurück, Beklagter trägt die Kosten, hat umgekehrt nur prozessuale Bedeutung. Ein solcher bedarf daher natürlich der Zustimmung der Ehefrau nicht. Er erschöpft seine Wirkung in der Beendigung des Prozesses,[96]) läßt aber den Gegenstand desselben vollkommen unberührt. Ist aber der letztere Gegenstand des Vergleiches, so muß die Zustimmung der Ehefrau dann erfordert werden, wenn und soweit der Vergleich als Verfügung über das Vergleichsobjekt aufzufassen ist. Ein Vergleich also, der dem Kläger nur eine Verbindlichkeit auferlegt, bedarf der Zustimmung der Ehefrau nicht, weil er die Substanz des eingebrachten Gutes unberührt läßt. Handelt es sich dagegen um Aufgabe oder Belastung des Rechts oder des aus ihm hervorgehenden Anspruchs, der, wie wir gesehen haben, ja stets ein Anspruch nicht des Ehemanns, sondern der Frau ist, so ist die Zustimmung der Ehefrau erforderlich. Dies gilt allerdings nur *soweit*, als der Vergleich Verfügung ist; der übrige Vergleichsinhalt bedarf der Zustimmung nicht, und die Verweigerung der Zustimmung *zu ihm* ist daher bedeutungslos. Wohl aber macht die Verweigerung der Zustimmung zu dem Teil des Vergleichsinhalts, der Verfügung ist, den ganzen Vergleich hinfällig:[97]) der Richter darf daher den Vergleich nicht protokollieren, und wenn es doch geschieht, so kann er, soweit er als Vollstreckungstitel in Betracht kommt, mit der Widerspruchsklage der Zivilprozeßordnung angefochten werden,[98]) und zwar selbst dann, wenn er als Vollstreckungstitel nur soweit in Betracht kommt, als er keine Verfügung über das eingebrachte Gut enthält.

V.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung ist, daß der Ehemann zu allen prozessualen Handlungen, welche eine Verfügung über das geltend gemachte Recht enthalten, der Zustimmung der

---

ziv. Praxis 88 S. 153 ff.; Kohler, Der Prozeß als Rechtsverh. S. 61; Planck, Lehrb. I S. 305; Wach I S. 577; Falkmann, Zwangsvollstreckung (II. Aufl.) S. 61 ff.

[96]) Wach a. a. O. Vgl. auch Förster-Eccius I S. 702 N. 17 a.

[97]) B.G.B. § 139.

[98]) C.P.O. § 767 und dazu Falkmann S. 65 N. 28.

Digitized by Google

Ehefrau bedarf, und daß er, solange er sie nicht erlangt hat, nicht in der Lage ist, durch seine Verfügung den Prozeß zu beendigen. Die Richtigkeit dieses Satzes kann aber vielleicht zweifelhaft erscheinen mit Rücksicht auf den § 54 C.P.O.: „Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung im allgemeinen erteilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im allgemeinen statthaft ist." Würde diese Vorschrift auf die Prozeßführung des Mannes über das eingebrachte Gut angewendet werden können, so würde das zweifellose Ergebnis sein, daß der Mann zu den im vorstehenden genannten Rechtshandlungen die Zustimmung der Frau nicht erholen müßte, m. a. W.: daß er zwar nicht außergerichtlich, wohl aber durch Prozeßhandlungen über das eingebrachte Gut verfügen könnte.

Schon das muß gegen die Anwendbarkeit des § 54 Bedenken erwecken. Die Tendenz des § 1375 G.B. ist die Sicherung der Substanz des Frauengutes; dieselbe würde durch den § 54 C.P.O. vereitelt werden. Dieses letztere will aber gar nicht die mangelnde Verfügungsmacht ergänzen, wenn dies auch scheinbar der Fall ist. Wie die Entstehungsgeschichte des Paragraphen und seine systematische Stellung ergibt, soll er nur dem gesetzlichen Vertreter die nämliche Stellung einräumen, wie sie der bevollmächtigte Vertreter besitzt.[99]) Auf die Fälle der sog. Prozeßstandschaft bezieht sich mithin der § 54 C.P.O. überhaupt nicht.[100]) Man wird dagegen vielleicht einwenden, daß die ratio legis auch in unserem Falle zutreffe, und daß es keinen Unterschied machen könne, ob der Ehemann im Namen der Frau als ihr Vertreter oder im eigenen Namen über das eingebrachte Gut prozessiere. Aber davon kann keine Rede sein. Wenn der gesetzliche Vertreter für die prozeßunfähige Partei prozessieren kann, so beruht dies darauf, daß er sie im allgemeinen und insbesondere auch in der Disposition über ihr Vermögen zu

[99]) Vgl. R.G. XIX S. 366 ff. mit Bezugnahme auf den I. deutschen Entwurf von 1871; Planck, Lehrb. I S. 223; Wach I S. 534, 536, 592; L. Seuffert zu § 54 (I S. 82); Gaupp-Stein I S. 156 zu C.P.O. § 54 u. a. m.

[100]) Zu weit geht Wolf, Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. 88 S. 182 f., welcher den § 54 so auslegt: Wem durch Gesetz die Prozeßführung überlassen ist, dem steht sie im vollen denkbaren Umfang zu, also mit Einschluß der den Rechtsstreit benötigenden Dispositionsakte, insbes. des Vergleichs. Ebenso Falkmann S. 62. Vgl. auch Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 62.

Digitized by Google

vertreten hat;[101]) hier greift die Zivilprozeßordnung ein, indem sie die etwa nach dem bürgerlichen Recht bestehenden Beschränkungen der Vertretungsmacht nach außen hin aufhebt. Deshalb, weil der gesetzliche Vertreter im allgemeinen vertretungsberechtigt ist, soll er es auch im besonderen sein, und weil er im allgemeinen disponieren kann, soll er es auch im besonderen können.[102]) Dies zeigt, daß in unserem Falle keineswegs die nämliche ratio legis vorliegt: der Mann ist nicht der gesetzliche Vertreter der Frau, er ist nicht berechtigt, über ihr Vermögen zu verfügen oder sie durch Rechtsgeschäft zu verpflichten, mag er nun im eigenen oder im fremden Namen handeln, sondern es ist ihm die Verfügung ausdrücklich entzogen. Daher muß für den Ehemann die umgekehrte Regel gelten. Einzelne Prozeßhandlungen, welche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Zustimmung der Frau bedürfen, sind nichtig, wenn sie diese Zustimmung nicht finden, und zwar ebenso gegenüber dem Manne wie gegenüber der Frau.[102a])

VI.

Dieses Ergebnis scheint freilich eigentümlich genug. Von vornherein hat der Gesetzgeber die Prozeßführung des Mannes so gestalten wollen, daß sie der Frau ungefährlich ist und deshalb, im Gegensatz zu dem, was man früher über die Prozeßstandschaft gelehrt hat,[103]) dem vom Manne erstrittenen Urteil die Rechtskraftwirkung gegenüber der Ehefrau versagt.[104]) Die Kommission ist also unzweifelhaft davon ausgegangen, daß es einen relativ wirksamen Prozeß geben soll, und dem würde es nur entsprechen, daß auch die genannten Dispositionsgeschäfte im Prozeß mit relativer Wirksamkeit möglich wären. Wenn das Urteil nur gegenüber dem Manne wirkt, warum soll es nicht auch möglich sein, daß Verzicht, Vergleich, Anerkenntnis zwar gegenüber der Frau wirkungslos sind,

---

[101]) Vgl. Wach I S. 588.

[102]) Vgl. z. B. die preuß. A.G.O. I 10 § 292, preuß. Vormundschafts-O. § 42 Z. 8; über das neue Recht Gaupp-Stein Bem. III zu § 54 (S. 157).

[102a]) Abweichend Hellwig, Anspr. und Klagrecht S. 157 ff., Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 156, 158.

[103]) Vgl. Kohler, Dispositionsnießbrauch S. 319; Grünhuts Zeitschr. 14 S. 39, Der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 95; Stegemann, Zeitschr. f. d. Civilpr. 17 S. 361 f., 371, aber auch Petersen eod. 18 S. 20.

[104]) G.B. § 1380 S. 2. Dazu nunmehr die zutreffende Kritik von Hellwig a. a. O. S. 306 ff. und Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 58.

Digitized by Google

aber den Mann binden? In der That scheint das die Logik zu verlangen und zwar umsomehr, als bei dieser Gestaltung der Sache diesen Handlungen ebenso der dispositive Charakter entzogen sein würde, als dem Urteil und der Prozeßführung im ganzen. Wenn der Prozeß deshalb keine Verfügung ist, weil das Urteil nicht gegen die Frau wirkt, warum sollen Verzicht, Vergleich nicht aus demselben Grunde keine Verfügungen sein? Die Antwort ist aus dem Umstande zu entnehmen, daß das G.B. die Rechtskraftwirkung gegenüber der Frau ausdrücklich ablehnt, aber gegenüber dem Manne voraussetzt,[105]) während es in Bezug auf die genannten Prozeßhandlungen schweigt und damit die Entscheidung der Frage, wie sie wirken, dem § 1375 unterstellt. Nicht das ist also das Auffällige an dem gewonnenen Resultat, daß den Dispositionsakten die relative Wirksamkeit fehlt, sondern daß das Urteil diese Wirksamkeit äußert. Würde der § 1380 dem Urteil nicht die Rechtskraft gegen die Frau versagen, so würde man die Rechtskraftwirkung entweder gegenüber der Frau und nur mittelbar auch gegenüber dem Manne annehmen müssen, oder auch gegenüber dem Manne verneinen müssen. Abnorm ist die im § 1380 vorgesehene Rechtskraft gegen den Mann allein jedenfalls. Sie beruht auf einer unklaren Vorstellung von dem Fundament der vom Manne erhobenen Klage; auf der Vorstellung, daß über das Recht des Mannes und nicht über das der Frau geurteilt ist.[106]) Praktisch freilich besteht in dieser Beziehung zunächst keine Schwierigkeit. Der Beklagte wird, wenn der Ehemann siegt, verurteilt, die zum eingebrachten Gut gehörende Sache „dem Kläger herauszugeben", oder die der Frau geschuldete Leistung „an den Ehemann zu bewirken"; wenn der Ehemann unterliegt, so wird „die Klage abgewiesen"; wes das Recht ist, über welches geurteilt ist, ist damit gar nicht gesagt. Die Folge ist, daß der Beklagte nicht mehr in der Lage ist, gegenüber dem Ehemann die Zugehörigkeit des geltend gemachten Rechts zum eingebrachten Gute zu bestreiten, oder, im Falle seines Unterliegens, der Ehemann das Recht nicht mehr geltend machen kann. Aber es ist doch diese Gestaltung der Sache insofern nicht einwandsfrei, als

[105]) Mit Unrecht behauptet Stegemann a. a. O. S. 371, daß in diesen Fällen das Urteil nicht gegenüber der Prozeßpartei Rechtskraft wirkt.

[106]) Vgl. z. B. Petersen, Gruchots Beitr. 36 S. 139. Trotz dieser gesetzgeberischen Mißgeburt wird man aber doch nicht mit Hellwig, Anspruch ꝛc. S. 302 ff die absolute Wirkung an die Zustimmung der Frau knüpfen dürfen. (Vgl. auch Rechtskraft S. 58 N. 9.)

Digitized by Google

nicht einzusehen ist, warum ein zweiter Prozeß de eadem re möglich sein soll, wenn der Ehemann gesiegt hat. Es ist sowohl für die Ehefrau wie für den Beklagten lästig und mißlich, einen zweiten Prozeß führen zu müssen, wenn die Sache nicht bei Lebzeiten des Ehemanns durch Vollstreckung erledigt worden ist. Die Umstellung der Vollstreckungsklausel auf die Ehefrau ist deshalb nicht möglich, weil die Ehefrau, selbst wenn sie die Alleinerbin des Mannes wäre, doch nicht die „Rechtsnachfolgerin" desselben in Bezug auf das den Gegenstand der Vollstreckung bildende Recht ist; denn sie ist schon während des Prozesses und vorher das Subjekt dieses Rechts gewesen und Rechtsnachfolge in dieses Recht, nicht in den durch die rechtskräftige Entscheidung geschaffenen Vollstreckungsanspruch ist die Voraussetzung der genannten Umstellung.[107]) Auch der Rechtsnachfolger (Universalsuccessor) des Ehemanns kann aber die Vollstreckung aus dem vom letzteren erwirkten Urteil nicht betreiben, weil er weder in das fragliche Recht noch auch in den Vollstreckungsanspruch selbst succedieren kann. Das Recht selbst stand dem Ehemann nie zu, und der Vollstreckungsanspruch setzt die rechtliche Beziehung zum eingebrachten Gute voraus, welche in der Stellung des Ehemanns zum Vermögen der Ehefrau begründet ist und mithin mit dem Aufhören der Ehe erlischt. Wenn trotzdem der Ehemann auch nach Aufhören der Ehe noch in der Lage ist, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, so beruht dies darauf, daß ihn der Vollstreckungstitel formell dazu legitimirt, so daß der Schuldner genötigt ist, den Mangel des materiellen Rechts im Wege der Klage geltend zu machen.[108]) Davon ist hier keine Rede. Die Rechtsnachfolger sind nicht formell legitimiert, sondern müssen sich diese Legitimation erst durch die Umstellung verschaffen und zu diesem Zwecke nachweisen, daß sie in die materielle Rechtsstellung ihres Auktors, auf welcher sein Vollstreckungsanspruch beruhte, succedierten. Das ist hier nicht der Fall. Die Folge ist, daß der Vollstreckungstitel erlischt und die Prozeßführung des Ehemanns umsonst war.[109])

Indessen hat die Kritik der Vorschriften des Gesetzbuchs vom legislativen Standpunkt aus gegenwärtig wenig praktische Berechtigung. Das Gesetzbuch hat die Prozeßführung des Ehemanns eigenartig gestaltet; man wird sich damit abzufinden haben. Es ist für

[107]) In den Vollstreckungsanspruch succediert der Rechtsnachfolger überhaupt erst durch die Umstellung, C.P.O. § 727.

[108]) C.P.O. § 767.

[109]) Unzureichend sind die Gründe der Prot. IV S. 173.

Digitized by Google

uns daher nur noch eine juristische Frage zu erörtern; nämlich die, welchen Einfluß auf unsere Ergebnisse die etwaige Zustimmung der Ehefrau zur Prozeßführung des Mannes hat.

VII.

Das Gesetzbuch legt im § 1380 den Schluß nahe: Wenn das Urteil für und gegen die Frau wirkt, sofern der Mann berechtigt war, über das geltend gemachte Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen, so muß das Urteil auch dann für und gegen die Frau wirken, wenn sie der Prozeßführung im ganzen zugestimmt hat. Aber die Protokolle lehnen diese Schlußfolgerung mit der Begründung ab, daß eine solche Zustimmung in den regelmäßigen Fällen stets angenommen werden müsse.[110]) In der Litteratur bestehen darüber verschiedene Meinungen. Hachenburg wendet sich gegen die Ansicht der II. Kommission,[111]) Planck spricht sich für dieselbe aus,[112]) beide aus Billigkeitserwägungen. Während der letztere hervorhebt, daß der Beklagte gegenüber dem Manne sich in einer ungünstigeren Lage befinde als gegenüber der Frau, meint Hachenburg, daß der Frau die Wiederholung des Prozesses ebenso abgeschnitten sein müsse wie dem Beklagten.[113]) Beide Argumente wollen nicht viel besagen. Denn einerseits ist der Beklagte gegenüber dem Manne grundsätzlich in keiner schlimmeren Lage als gegenüber der Ehefrau; da ihr Recht den Gegenstand des Prozesses bildet, kann er sich aller Einreden gegen den Mann bedienen, die ihm gegen die Frau zustehen und insbesondere auch eine Gegenforderung aufrechnen.[114]) Versagt ist ihm nur die Widerklage, da dem Manne die Passivlegitimation fehlt; aber dieses eine Moment kann nicht ausreichen, um die Verneinung der Rechtskraftwirkung gegenüber der Ehefrau zu begründen, wenn letztere sich sonst aus dem Gesetz begründen läßt. Es handelt sich ja dabei auch gar nicht um die Interessen des Beklagten, sondern um die der Ehefrau. Wenn sich dieselbe auch nicht auf das von ihrem Manne erstrittene günstige Urteil berufen kann, so ist regelmäßig doch der Beklagte nicht in der Lage, den Prozeß zu erneuern, weil der Mann den Vollstreckungstitel besitzt und durch die Einrede der Rechtskraft geschützt ist, soweit es

---

[110]) IV 173. [111]) II. Aufl. S. 416 f. Ebenso Hellwig a. a. O. (oben N. 106).
[112]) S. 125 Bem. 3. [113]) Vgl. auch Habicht S. 234 Z. 4.
[114]) arg. §§ 387, 1376 Z. 2. Nicht im Widerspruch damit ist Hellwig, Rechtskraft S. 156 N. 16.

Digitized by Google

sich um dingliche Rechte handelt.[115]) Umgekehrt hat in diesem Fall die Frau wohl die Möglichkeit, den Prozeß zu erneuern, aber dies ist regelmäßig ohne praktische Bedeutung, erlangt dieselbe vielmehr erst dann, wenn die Ehe aufgelöst wird. Die Versagung der Rechtskraftwirkung des die Klage abweisenden Erkenntnisses aber bezweckt von vornherein den Schutz der Frau. Anderseits kann ich auch der Ansicht Hachenburgs nicht zustimmen. Dem Beklagten ist die Wiederholung des Prozesses gegenüber der Ehefrau ja keineswegs abgeschnitten, soweit er nach dem bürgerlichen Recht überhaupt in der Lage ist, die Initiative zu ergreifen. Das rechtskräftige Urteil bindet ihn nur gegenüber dem Ehemann, dem er selbst natürlich ebenso die Einrede der Rechtskraft entgegenhalten kann, wie dieser ihm. Mit so allgemeinen Erwägungen läßt sich bei unserer Frage überhaupt nicht zum Ziele kommen. Nicht darauf kann es ankommen, ob die eine oder die andere Antwort die billigere ist, sondern jedenfalls muß zunächst untersucht werden, welche die *richtige* ist. In dieser Beziehung ist aber zu bemerken: Zweifellos würde es den Geboten der elegantia iuris entsprechen, den Prozeß unter den gleichen Voraussetzungen gegen die Ehefrau wirken zu lassen, wie die außergerichtliche Verfügung. Es ist nicht einzusehen, warum der Mann, der mit Zustimmung der Frau ein Recht derselben aufgeben kann, dies nicht auch in der Form des Prozesses soll thun können, und noch weniger, warum er nicht im stande sein soll, mit ihrer Zustimmung einen Prozeß über ein Recht zu verlieren, das er zwar für das eingebrachte Gut in Anspruch genommen hat, das aber in Wahrheit nicht dazu gehört. Ist die Prozeßführung nicht Verfügung, so sollte argumento a maiori ad minus die Zustimmung der Frau umsomehr die Bedeutung haben, die ihr bei der Verfügung zukommt. Insoweit ist Hellwig a. a. O. durchaus beizutreten. Aber diese Erwägung verliert ihre Kraft gegenüber dem Gesetz. § 1375 sieht die Zustimmung der Frau nur gegenüber Verfügungen als erheblich an. Der Prozeß ist keine Verfügung; folglich kann die Zustimmung seine rechtliche Tragweite nicht beeinflussen. Das ist auch durchaus verständlich, Verfügungen bedürfen der Zustimmung der Ehefrau, weil

[115]) Freilich kann dann der Beklagte bei actiones in rem sein Glück nochmals gegenüber der Ehefrau als Kläger versuchen; das beweist, daß die verschiedene Behandlung der Aktiv- und Passivlegitimation nicht ganz praktisch ist. Aber sie ist kaum sehr gefährlich, da der Dritte gegenüber der Frau kaum *mehr* ausrichten wird als gegenüber dem Mann.

Digitized by Google

sie notwendig in ihr Recht eingreifen; da der Prozeß dies nicht thut, läßt sich nicht einsehen, wie die Zustimmung diesen Eingriff bewirken soll. Wenn allerdings das Gesetz selbst der Zustimmung die behauptete Wirkung beilegen würde, würde damit die Prozeßführung den Charakter einer Verfügung erlangen, freilich noch immer einer besonders gearteten Verfügung insofern, als sie ohne die Zustimmung nicht gänzlich wirkungslos wäre, sondern jedenfalls gegenüber dem Manne ihre Wirkungen äußern würde.

Der Mann kann also auch im Prozesse über das eingebrachte Gut nicht ohne Zustimmung der Frau verfügen; aber die Zustimmung zur Prozeßführung im allgemeinen hat nicht die Wirkung, die Frau an das Prozeßergebnis zu binden. Wohl aber gewährt sie dem Manne insofern größere Bewegungsfreiheit im Prozesse, als die Zustimmung notwendig als Zustimmung zu den einzelnen prozessualischen Verfügungsakten aufgefaßt werden muß, so daß der Mann, wenn die generelle Zustimmungserklärung vorliegt, einer besonderen Zustimmung zu den Anerkenntnissen, Verzichten und Vergleichen nicht mehr bedarf.

Digitized by Google

IX.

Übersicht über die Zeitschriften des Jahrgangs 1900.

Von

Professor Dr. J. Binder.

(Fortsetzung.)

III. Buch. Sachenrecht.

I. Abschnitt. Besitz.

§§ d. B.G.B.

Über den Besitz von Schrankfächern in Stahlkammern. Heinrici bei Gruchot 44 S. 825 ff. — 854 Begriff des Besitzes.

Der Mieter einer Stahlpanzerkammer ist unmittelbarer, der Bankier mittelbarer Besitzer. Wilutzky, D. Juristenzeitung V S. 295. Dagegen nimmt Hancke eod. S. 389 an, daß beide Mitbesitzer seien. — 868 Mittelbarer Besitz.

II. Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Gegen Fuchs, Grundbuchrecht S. 63 ff. s. Eccius bei Gruchot 44 S. 764 f. — 875 II Erwerb von Rechten an Grundstücken

Über die Frage, wie bei der Löschung der im Rang zurückgetretenen Hypothek im Grundbuch erkennbar ist, daß die vorgetretene Hypothek ihren besseren Rang behält, vgl. Wilke, D. Juristenzeitung V S. 69. — 879 Rang von Rechten an Grundstücken

Über die Frage, ob bei der Fahrnisgemeinschaft der Ehemann allein als Eigentümer eines in die Errungenschaft fallenden Grundstücks eingetragen werden kann: Lenel, D. Juristenzeitung V S. 288 unter Bezugnahme auf § 1438 II u. III. — 891 Eintragung des Berechtigten.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich auch auf das bewegliche Zubehör des Grundstücks, wenn der im Grundbuch als — 892 Öffentlicher Glaube.

Digitized by Google

Eigentümer Eingetragene der Eigenbesitzer des Zubehörs ist. Brünneck bei Gruchot 44 S. 100.

892 893 Über die notwendige Dauer des guten Glaubens vgl. Ramdohr bei Gruchot 44 S. 360.

892 Über die Frage, ob diejenigen, welche sich überhaupt auf den Grundbuchschutz berufen dürfen, dazu auch dann berechtigt sind, wenn der vom Grundbuch zu verdeckende Fehler auf einer falschen Zurückführung oder einer verwandten behördlichen Maßregel beruht, vgl. Ramdohr bei Gruchot 44 S. 341. Eigentümlich ist der Satz: „Wer in seinem Bestreben nach Rechtserwerb an unbeweglichen Sachen infolge falscher Zurückführungen Schaden erleidet, darf dies keineswegs darauf schieben, daß ihm die Erkenntnisquelle (das Grundbuch) ein falsches Bild über die Immobiliarverhältnisse gegeben habe". Dem gegenüber ist darauf hinzuweisen, daß § 892 den Inhalt des Grundbuchs nur zu gunsten des 3. Erwerbers als richtig gelten läßt.

892 895 Ramdohr a. a. O. S. 349 ff.: Geschützt ist nur der Erwerb durch Verfügungsgeschäfte, nicht durch bloß obligatorische Geschäfte. Den einzigen mittelbaren Weg zur dinglichen Sicherung obligatorischer Ansprüche und damit zur Teilnahme solcher am Immobiliarschutz wird die Eintragung einer Sicherungshypothek gewähren können. Ebenso bei der Übertragung der Ausübung eines Servitut, §§ 1059, 1092 G.B. — Bei Rechtsgeschäften, welche unter die §§ 892, 893 fallen, dürfen die geschützten Personen sich darauf verlassen, daß das aus dem Grundbuch ersichtliche Rechtsbild der Wahrheit entspricht, oder, daß es erstens richtig und zweitens vollständig ist. Ramdohr S. 357. Ebenso Biermann S. 42. — Ramdohr S. 346 sucht darzuthun, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs dann eintritt, wenn die „objektive Existenz des Rechtes aus dem Grundbuch erhellt". Die subjektive Beziehung des Verfügenden dagegen muß nicht aus dem Grundbuch sich ergeben, sondern soll auch in anderer Weise dargethan werden können. Aber die Beispiele, die R. anführt, ergeben an sich das Gegenteil. Wäre das Gesagte richtig, so würde den Schutz des guten Glaubens genießen, wer vom vermeintlichen Erben erwirbt, wenn nur dessen behauptete Erblasser im Grundbuch eingetragen war. (Vgl. dazu aber statt aller: §§ 2365 f., Strohal, Erbrecht II. Aufl. S. 379, Binder, Rechtsstellung des Erben II § 14 B Z. 2 (noch nicht erschienen), Grundbuchordnung § 41. Es ist ja allerdings richtig, daß der Erwerber auch dann geschützt ist, wenn der

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

Erbe, welcher durch den Erbschein legitimiert ist, nicht im Grundbuch eingetragen ist; und über die subjektive Beziehung des Verfügenden zu dem eingetragenen Rechtsverhältnis sagt dann das Grundbuch allerdings nichts. Aber deshalb läßt sich doch nicht behaupten, daß die Legitimation des Verfügenden „keineswegs aus dem Grundbuch erhellen muß". Grundsätzlich muß dies doch verlangt werden, wenn das Recht trotz dem Mangel der Verfügungsmacht entstehen soll, und das beweist auch § 893. Es läßt sich daher nur sagen, daß unter besonderen Umständen das Grundbuch durch anderweitige Legitimation ergänzt wird.

Rambohr a. a. O. S. 364 verweist auf die Analogie der Vollstreckungsinterventionsklage C.P.O. §§ 771 ff. 894 ff.

III. Abschnitt. Eigentum.

I. Titel. Inhalt des Eigentums.

Über Überhang, Überfall und Grenzbaum: Ortloff in Kohlers Archiv f. b. Recht 17 S. 267 ff. 905 Umfang des Eigentums.

Die Frage, ob sich das Erfordernis der Fristsetzung auch auf die Beseitigung von Wurzeln bezieht, bejaht Ortloff a. a. O. S. 277 im Gegensatz zu Biermann, Komm. zu § 910 u. Anderen, m. E. mit Unrecht. 910 Überhangsrecht.

Ortloff S. 283. 911 Überfallsrecht.

Ortloff S. 284 ff. 923 Grenzbaum.

II. Titel. Auflassung.

Lenel, D. Juristenzeitung V S. 286 ff.: Es ist keine ausdrückliche Erklärung der dinglichen Einigung vor dem Grundbuchamt erforderlich. 925

III. Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

Über den „Erkenntnisschutz" (Schutz des guten Glaubens) im Mobiliarrecht vgl. Rambohr bei Gruchot 44 S. 659 ff. Seine Ausführungen beruhen in Übereinstimmung mit den Motiven III S. 342 ff. darauf, daß bei Mobilien der Besitz die Stelle des Grundbuchs vertritt, also ungefähr auf dem Gedanken, den das französische Recht im art. 2279 c. c. ausspricht. 932 ff. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken. Erwerb vom Nichteigentümer.

IV. Titel. Ansprüche aus dem Eigentume.

Vgl. Flechtheim bei Gruchot 44 S. 86 f. und oben zu § 226. 986 Einreden gegen die Vindikation.

Digitized by Google

V. Titel. Miteigentum.

1010 Rechtsnachfolge ins Miteigentum.

Vgl. Jörges, Zeitschr. f. Handelsrecht 49 S. 197 N. 177: Ob die Belastung eine Hypothek ist, ist zweifelhaft. Denn § 1010 behandelt die Regulierung der Verwaltung und Nutzung mit den Forderungen gleich, und es ist nicht bestimmt, daß vom Erwerber der Eigentumsquote Zahlung in anderer Weise als vom Erwerber einer Mobiliarquote begehrt werden kann. Anders Bingner, Sächs. Archiv f. d. Recht III S. 744.

VIII. Abschnitt. Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld.

I. Titel. Hypothek.

1114 Vgl. § 2033.

1116 Hypothekenbrief; Erteilung.

Reinisch, D. Juristenzeitung V S. 499 f. gegen Kuhlenbeck, Kommentar, zu § 1116 N. 3 u. Andere: Auf die bloß einseitige Bewilligung des Grundstückseigentümers kann eine briefloße Hypothek in das Grundbuch eingetragen werden; es ist also die Bewilligung beider Teile nicht erforderlich. Vgl. GO. §§ 19, 40.

1120 Gegenstand der Hypothek.

Der eingetragene Grundeigentümer kann bei neuer hypothekarischer Belastung des Gutes das von ihm dem Pächter verkaufte und übergebene Inventar dem Hypothekgläubiger nicht mit verpfänden. Brünneck bei Gruchot 44 S. 100, vgl. Rehbein, ausgewählte Entsch. des pr. Obertribunals III S. 588. Aber auch gegenüber der Hypothek, für welche das Inventar als mitverpfändet haftet, hört die Haftung auf, sobald es weiterveräußert und vor der Beschlagnahme aus dem Gute entfernt wird. Die Veräußerung allein reicht dafür noch nicht aus.

1122 II

§ 1122 II bezieht sich nur auf eine Hypothek, welche schon vor dem Erwerb der im Abs. I des § 1122 genannten Gegenstände entstanden ist. Brünneck a. a. O. S. 99.

— Bei Verpachtung des Grundstücks und Veräußerung des Inventars an den Pächter ist an den Fall zu denken, wenn der Pächter für seinen Bedarf alljährlich Inventurstücke verwendet, deren Abgang er wieder ergänzt. Ebenso aber auch, wenn er Inventarstücke nach einem anderen Gute versetzt und dafür eine entsprechende Menge anderer Stücke in das Pachtgut einbringt. Brünneck a. a. O. S. 102.

1123 II Miet- und Pachtzins als Gegenstand der Hypothek.

Unter Beschlagnahme ist hier die Beschlagnahme der Pachtzinsforderung zu verstehen. Wegen des Pachtzinses steht dem Verpächter nach § 585 ein gesetzliches Pfandrecht zu. Ist der Ver-

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

pächter zugleich der Eigentümer des verpachteten Gutes, so haftet dem Hypothekengläubiger mit der Pachtzinsforderung auch das damit für den Eigentümer verbundene gesetzliche Pfandrecht. Brünneck bei Gruchot 44 S. 105. — Über den Gegenstand dieses Afterpfandrechts eod. S. 106. Über die Geltendmachung S. 107 und §§ 560, 561. Letzterer ermächtigt den Verpächter zur Besitznahme der Sachen, an deren Wegnahme er den Pächter verhindert. Diese Vorschrift ist auf das Verhältnis des Hypothekgläubigers zum Pächter nicht anwendbar; sie setzt den Besitz des verpachteten Grundstücks voraus. Dagegen kann der nach Anordnung der Zwangsverwaltung bestellte Verwalter auch dieses Recht ausüben. (S. 108.)

— Die Beschlagnahme umfaßt die Mobiliar- wie die Immobiliarvollstreckung. Schneider, Archiv f. d. ziv. Praxis 90 S. 444.

Die Haftung der Forderung hat für den Gläubiger den Vorteil, daß bei der Konkurseröffnung die Forderung dem Hypothekgläubiger vorbehalten bleibt (K.O. § 47) und sie bei Einleitung der Zwangsversteigerung in deren bequemeren Formen verwertet werden kann: Zw.V.G. §§ 22 II, 65, 107 I 2, 20 II. Schneider im Archiv f. d. ziv. Praxis 90 S. 444; vgl. §§ 1123—1126, 1129. Darüber hinaus geht aber § 1128. 1128 Versicherungsgelder.

— Obwohl das G.B. von Versicherungssumme spricht, ist es richtiger, von Entschädigungssumme zu sprechen: Schneider S. 447. 1128

Der Widerspruch ist nur wirksam, insoweit die Hypothekforderung reicht. Darüber hinaus verhindert er nicht die Auszahlung an den Versicherten. Vgl. im näheren Schneider a. a. O. S. 449. Ebenso über die Tragweite des Widerspruchs gegenüber den anderen Hypothekengläubigern Schneider a. a. O. gegen Scherer, Kommentar z. B.G.B. Sachenrecht N. 492; Endemann II § 123, Biermann S. 77, Kober zu § 1128, Ostermayer, Handbuch des Sachenrechts S. 279: Für den nicht Widersprechenden kommt ein Pfandrecht an der Forderung überhaupt nicht in Frage. (S. 451.) Die Worte „im übrigen" in § 1128 II bedeuten nicht, daß die Gebäudeversicherung, abweichend von der sonstigen Entschädigungsforderung, ohne weiteres als dem Hypothekgläubiger verpfändet gilt, sondern daß dieses Rechtsverhältnis erst durch den Widerspruch eintritt (S. 452). M. E. spricht gegen diese Auffassung, welche das Pfandrecht erst durch den Widerspruch entstehen läßt, der § 1127. — Vgl. auch noch Schneider S. 455: Das „jedoch" in § 1128 II soll beweisen, daß das Pfandrecht erst durch 1128 I 2

Digitized by Google

den Widerspruch und nur für den Widersprechenden zur Entstehung kommt. Es soll bedeuten: Obgleich die Entschädigungsforderung nur für den widersprechenden Gläubiger als verpfändet gilt, kann sich doch der Versicherer, der einem aus dem Hypothekenbuch ersichtlichen Gläubiger keine Gelegenheit zum Widerspruch gegeben hatte, nicht darauf berufen, daß er ihn nicht gekannt, und daß dieser deshalb kein Pfandrecht erworben habe. Das halte ich für eine durchaus schiefe Argumentation. Das „jedoch" hat vielmehr folgende Bedeutung: Der Versicherer kann grundsätzlich nur an den Versicherten und an den Hypothekgläubiger gemeinsam zahlen (§ 1281); dies beruht darauf, daß der Gläubiger dem Schuldner die Verpfändung anzeigen muß (§ 1280). Von dieser Anzeige kann im vorliegenden Fall keine Rede sein; daher wäre an sich nach § 1280 die Verpfändung unwirksam, und daher würde an sich der Versicherer dem Versicherten allein wirksam leisten können. Dagegen richtet sich das „jedoch": die Haftung wirkt zu gunsten aller im Grundbuch eingetragenen Gläubiger, mag sie der Versicherer kennen oder nicht. — Daß sich die Reihenfolge der Hypothekengläubiger nach ihrem hypothekarischen Rang bemißt (Schneider S. 459), versteht sich von selbst, ist aber von Schneiders Ausgangspunkt aus nicht zu erklären.

— Unter die Gebäude des § 1128 können auch Erbbauhäuser fallen (G.B. §§ 95, 1017, G.O. § 7). Schneider S. 443. Freilich nicht wegen der Belastung des Grundes und Bodens, auf dem sie stehen, sondern wegen der eigenen, den Grundbesitz nicht berührenden Hypothek.

1133—1135 Gefährdung der Sicherheit des Gläubigers.

Über die Frage, ob und wann der Pächter berechtigt ist, das verpfändete Inventar weiter zu veräußern, oder ob der Hypothekgläubiger Widerspruch erheben und die Entfernung durch den dritten Erwerber verhindern kann, vgl. Brünneck bei Gruchot 44 S. 103 f.: Der Gläubiger kann gegen den Pächter selbst auf Unterlassung klagen, sobald die Veräußerung gegen die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verstößt. Die Frage, wann dies der Fall ist, wird sich nur im einzelnen Fall beantworten lassen.

1143 Übergang der Forderung auf den Eigentümer.

Über die Anwendbarkeit auf die Grundschuld: Labes in der Mecklenburgischen Zeitschrift f. Zivilrecht 18 S. 75.

1144 Aushändigung der Urkunden an den Eigentümer.

Über die für die Löschung der Hypothek bestimmte Quittung s. Martinius, D. Juristenzeitung V S. 138. Da durch die Zahlung der Schuldner-Eigentümer die Hypothek erwirbt, so kann der bisherige Gläubiger nicht mehr über die Hypothek ver-

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

fügen und insbesondere nicht die Löschung bewilligen. Vgl. § 1163. Da auch der Eigentümer die Löschung nicht bewilligen kann, weil er nicht eingetragen ist (G.O. § 40 I), so ist ein doppelter Weg möglich: Entweder läßt sich der Eigentümer vom Gläubiger ein Anerkenntnis über den Erwerb der Hypothek ausstellen (§ 1155) und bewilligt und beantragt dann die Löschung, oder der Gläubiger bewilligt und beantragt zunächst die Löschung, der Eigentümer stimmt zu und darauf erfolgt die Quittierung der Schuld.

1156 Übertragung der Hypothek.

Über die Nichtanwendbarkeit der §§ 406—408 vgl. auch Ramdohr bei Gruchot 44 S. 373 ff.

1158

Der Paragraph bezieht sich auf jede Art der Übertragung, beschränkt sich also nicht auf die rechtsgeschäftliche Abtretung. Vgl. über den § 1158 die eingehenden Erörterungen von Ramdohr S. 378 f.

1159

Ramdohr S. 381 ff.: Im Verhältnis zu Dritten greift § 1159 ebensowenig ein wie § 1158; vielmehr gelten hier die allgemeinen Regeln über den Erkenntnisschutz.

1163 II Nichtbestehen der Forderung.

Da die Hypothek dem Eigentümer zusteht, ohne daß ihm die Forderung zusteht, für welche die Hypothek bestellt ist, so wäre sie richtiger als Eigentümergrundschuld zu bezeichnen, bis sie sich zu gunsten der eingetragenen Gläubiger in eine wahre Hypothek verwandelt. Martinius bei Gruchot 44 S. 383. Wenn der Hypothekenbrief dem Eigentümer noch gar nicht ausgehändigt ist und der Eigentümer die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld verlangt, so ist die Beibringung der Einwilligung des Gläubigers zu fordern. Denn die im § 1117 II erwähnte Vereinbarung zwischen Eigentümer und Gläubiger, wonach der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, kann getroffen sein, ohne daß sie zur Kenntnis des Grundbuchamtes gelangte (S. 385).

1164, 1167 Befriedigung durch den persönlichen Schuldner.

Über die Anwendbarkeit auf die Grundschuld: Labes, Mecklenburgische Zeitschr. 18 S. 79 ff.

1190 IV Maximalhypothek.

Über den Übergang der Kautionshypothek: Rathenau im Archiv f. bürgerliches Recht 17 S. 192 ff.: Der Übergang gewöhnlicher Sicherungshypotheken erfolgt ausschließlich nach § 1154 G.B. Dagegen für die Übertragung der Kautions- oder Maximalhypothek finden sich zwei Wege (arg. „kann", § 1190). Nämlich a) der gleiche wie bei der Sicherungshypothek, § 1153 I, und b) der gleiche wie bei der Zession von Forderungen.

— Was geschieht nach der Übertragung der Forderung mit

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

der Hypothek? Rathenau S. 195 beantwortet diese Frage im Gegensatz zu der bisherigen Litteratur (daselbst S. 196 N. 1) dahin, daß sie nicht beim alten Gläubiger bleibt, auch nicht Eigentümerhypothek wird und auch nicht untergeht. Aber dem bisherigen Gläubiger steht von seiten des Eigentümers eine peremptorische Einrede entgegen; mit dem neuen Gläubiger steht der letztere überhaupt in keinem Rechtsverhältnis. Der Eigentümer hat daher die Einrede aus § 1196, und er kann gegebenenfalls im Wege der Klage verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichte. Das Ergebnis Rathenaus ist, daß § 1190 IV der praktischen Brauchbarkeit ermangelt.

II. Titel. Grundschuld, Rentenschuld.

1191 Begriff der Grundschuld.

Über die Frage, ob, wenn neben dem Grundstück ein persönlicher Schuldner haftet, ein Gesamtschuldverhältnis vorliegt, s. Labes in der Mecklenburgischen Zeitschrift 18 S. 71 f.: Das dingliche Recht der Grundschuld ist so verschieden von einem Schuldverhältnis gestaltet, daß die Vorschriften über Schuldverhältnisse nicht ohne weiteres angewendet werden können. Eine gesetzliche Ausgleichungspflicht zwischen dem Eigentümer und dem persönlichen Schuldner besteht daher nicht. (?) Insoweit aber eine Ausgleichungspflicht begründet erscheint, geht der Anspruch des Gläubigers auf den Berechtigten über.

IX. Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

I. Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

1206 Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes.

Über die Verpfändung von in Stahlpanzerkammern verwahrten Wertpapieren vgl. Wilutzky, D. Juristenzeitung V S. 295.

1206

Mitverschluß begründet nicht notwendig Mitbesitz. Heinrici bei Gruchot 44 S. 829.

1225 Befriedigung des Gläubigers durch den Verpfänder.

Über die Bedeutung des Wortes Zahlung im § 1225: Schneider, Archiv f. d. ziv. Praxis 90 S. 460 f. Der Zahlung steht die anderweitige Verfügung gleich für die Zeit vor der Zahlungssperre. — Über die Beschlagnahme der Versicherungsforderung: Schneider S. 462 f.

1244

Rambohr bei Gruchot 44 S. 672 f.

1256 I Konfusion.

Hollmann, Archiv f. d. ziv. Pr. 90 S. 436: Daß mit dem Untergang des Pfandrechts auch die Obligation aus dem Pfand-

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

vertrage erloschen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Das gilt auch für § 1256 I 2 u. II.

Rambohr bei Gruchot 44 S. 673. 1262/3 Schiffspfand.

II. Titel. Pfandrecht an Rechten.

Falkmann, Gruchots Beiträge 44 S. 109 ff., gegen Dernburg, Bürgerl. Recht III S. 759: Der Pfandgläubiger hat das Recht, mit einer gegen den Schuldner der ihm verpfändeten Forderung ihm zustehenden Forderung aufzurechnen. Die entgegengesetzte Ansicht beruht auf einer unzulässigen Einschränkung des Begriffes „Einziehung einer Forderung". Für das bisherige Recht ist die Kompensation als Form der Einziehung allgemein anerkannt worden. Vgl. Dernburg, Pfandrecht V S. 468, Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 141 ff., Motive III S. 861, E. I § 1218 I. 1282 Leistung des Drittschuldners an den Pfandgläubiger nach Fälligkeit der gepfändeten Forderung.

IV. Buch. Familienrecht.

I. Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

II. Titel. Eingehung der Ehe.

Kann der Vormund ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts seine Genehmigung zur Eheschließung des Mündels erteilen? Nach dem B.G.B. gewiß. Über die Frage, ob die Vorschrift des preuß. allgem. Landrechts aufgehoben ist, nach welcher der Konsens des Gerichts erforderlich ist (II, 1 § 54), s. Bartolomäus, D. Juristenzeitung V S. 499, dessen Ausführungen aber m. E. nicht zutreffen. 1304 Einwilligung des ges. Vertreters.

— Über die Anfechtbarkeit der Einwilligung: Knitschky im Archiv f. d. ziv. Prax. 90 S. 359 ff.: Wird die Einwilligung angefochten, so fehlt es an einem Erfordernis der Eheschließung, dessen Mangel die Ehe anfechtbar macht.

Knitschky a. a. O. S. 361 f. 1305/6 Einwilligung der Eltern.

III. Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Über die Anfechtung der Ehe bevormundeter Personen: Knitschky a. a. O. S. 345 ff. 1325 Geschäftsunfähigkeit.

Über den Grund der Abweichung von § 612 I C.P.O. vgl. Knitschky, Archiv 90 S. 347. 1336 II Geltendmachung der Anfechtbarkeit.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

1337 Bestätigung der Ehe. Über die Empfangsbedürftigkeit der Anfechtungs- und Bestätigungserklärung: Knitschky, Archiv 90 S. 357. Vgl. auch S. 348, 354.

1338 Auflösung der Ehe heilt die Anfechtbarkeit. Über die Bestätigung oder Genehmigung der anfechtbaren Ehe nach ihrer Auflösung: Knitschky S. 347 N. 1 gegen Erler, Ehescheidungsrecht und -Prozeß S. 41 f.

V. Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

1354 Stellung des Mannes in der Ehe. Wieruskowski bei Gruchot 44 S. 306: Unzweifelhaft kann der Mann kraft seines Entscheidungsrechts in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten der Ehefrau den Betrieb eines Gewerbes oder Handelsgeschäftes untersagen. Auch ist die Frau verpflichtet, sich einer solchen Bestimmung des Mannes zu fügen, sofern sie ihm keine mißbräuchliche Handhabung seines Entscheidungsrechtes zum Vorwurf machen kann. Aber diese Pflicht wurzelt lediglich in den persönlichen Beziehungen der Ehegatten, die aus der Forderung der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringen. (§ 1353.) Ihre Verletzung ist zwar durch die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens verfolgbar, aber nach C.P.O. § 888 II nicht erzwingbar und kann äußersten Falles zur Grundlage einer auf § 1568 gegründeten Scheidungsklage gemacht werden. Dagegen beeinträchtigt der ehemännliche Einspruch nicht die Rechtsstellung welche die Ehefrau durch den eigenmächtigen Betrieb eines Gewerbes oder Handelsgeschäftes einnimmt. Der Registerrichter darf die von der Ehefrau beantragte Eintragung ihrer Firma selbst dann nicht ablehnen, wenn der Mann widersprochen hat. Materiell freilich ist die Zustimmung des Mannes zum Geschäftsbetrieb der Frau außerordentlich bedeutungsvoll: §§ 1405, 1412, 1460, 1532, 1549; 1459, 1452; 1358; C.P.O. § 741. Vgl. auch Habicht, Familienrecht S. 151 Bem. 4 zu § 1354, Planck IV S. 84 Bem. zu § 1356.

VI. Titel. Eheliches Güterrecht.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1365 Vorbehaltsgut. Über den Begriff des Sondervermögens überhaupt s. Joerges, Zeitschrift f. Handelsrecht 49 S. 192 f.

1367 Die Erträgnisse des von der Frau betriebenen Erwerbsgeschäftes fallen in das Vorbehaltsgut der Frau ohne Unterschied, ob sie das Geschäft mit Zustimmung des Mannes betreibt oder nicht. Schefeld, Archiv f. d. ziv. Praxis 91 S. 150. — Über den Begriff

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

des Erwerbsgeschäfts Schefeld S. 142. — Derselbe sucht S. 1457 auszuführen, daß die Frau der Zustimmung des Mannes zum selbständigen Betrieb eines zum Vorbehaltsgute gehörenden Erwerbsgeschäftes nicht bedarf (vgl. auch Habicht, Komm. S. 151 f.). Aber dies ist schief. Denn es kommt nicht darauf an, daß das Erwerbsgeschäft zum Vorbehaltsgut gehört; dazu gehört überhaupt nicht das Geschäft, sondern nur möglicherweise das dem Geschäftsbetrieb dienende Vermögen (vgl. auch meine Rechtsstellung des Erben I S. 30 ff. über die Frage, ob das Geschäft überhaupt zum Vermögen gehört); es folgt dies vielmehr daraus, daß die Frau durch die Ehe in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt wird. § 1354 gewährt aber dem Mann die Klage auf Einstellung des Geschäftsbetriebs, auch wenn das Geschäft auf Rechnung des Vorbehaltsgutes geführt wird.

Wenn hier als Vorbehaltsgut erklärt wird, was die Frau auf 1370
Grund eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Rechtes erwirbt, so braucht dabei an eine Verminderung der Substanz des Vorbehaltsgutes nicht gedacht zu werden. Anders beim eingebrachten Gut: § 1380. Thiele, Arch. f. d. ziv. Praxis 91 S. 19. Das Gleiche gilt von dem Erwerb durch ein auf das Vorbehaltsgut sich beziehendes Rechtsgeschäft.

Thiele a. a. O. S. 23 sucht auszuführen, daß keine Surro- 1381
gation eintritt, wenn das Erwerbsmittel in der gleichzeitigen Be- Surrogation
lastung des eingebrachten Gutes mit einer obligatorischen Verbindlichkeit besteht. Diese Auffassung ist aber schief, weil der Mann zu solcher Belastung selbst mit Einwilligung der Frau nicht im stande ist. Vgl. § 1375. Wenn der Mann z. B., wie Thiele meint, „mit Bezug auf das eingebrachte Gut ein Darlehen aufnimmt", so wird er selbst der Darlehensschuldner, das Darlehen wird sein Eigentum (§ 607) und wenn er mit demselben eine Sache kauft, so tritt keine Surrogation für das eingebrachte Gut ein, weil nicht mit Mitteln desselben erworben wurde. Das von Thiele gewählte Beispiel ist also falsch. — Unrichtig ist es aber auch, wenn Thiele S. 25 ausführt: Hat der Ehemann unter Belastung des eingebrachten Vermögens mit einer entsprechenden Schuldverbindlichkeit einen Erwerb gemacht, so wird man schon aus den Umständen entnehmen können, und müssen, daß er als Vertreter seiner Frau aufgetreten ist und den Erwerb für seine Frau hat machen wollen. Denn erstens ist nach dem oben Gesagten die Voraussetzung unmöglich, und dann verkennt Th. durchaus die Stellung des Mannes zum Eingebrachten der Frau. Ihr „Vertreter" ist er keinesfalls.

Digitized by Google

— Nach Thiele S. 28 soll die Vorschrift des § 1381 die Frau vor Benachteiligung durch Verfügungen des Mannes schützen. Vgl. auch Planck IV S. 126 N. 1; Habicht, Kommentar S. 235. Es ist aber hervorzuheben, daß der Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes notwendig eine Verfügung über eingebrachtes Gut voraussetzt, und daß diese nur mit Zustimmung der Frau erfolgen kann. Es handelt sich also nicht sowohl um einen Schutz der Frau gegen Benachteiligung durch die Verfügung des Mannes, als vielmehr um einen Schutz davor, daß das Äquivalent für das Eingebrachte, über welches verfügt wird, nicht in das Vermögen der Frau kommt, sondern im Vermögen des Mannes bleibt, obwohl er für das eingebrachte Gut erwerben wollte. Wollte er das nicht, so entfällt dieser Schutz.

— Richtig ist Thiele S. 29: Erwerb mit Mitteln des e. G. liegt nicht vor, wenn die erworbene Sache identisch mit dem Mittel ist. Das ist selbstverständlich. Aber daraus folgt nicht, daß im Fall der Realisierung einer Forderung, welche zum eingebrachten Gut gehört, keine Surrogation eintritt. Wird an den Mann mit Zustimmung der Frau geleistet, so erwirbt zweifellos die Frau das Eigentum der geleisteten Sachen. Mir erscheint daher die Formulierung zu eng (S. 33), daß es sich um Leistung und Gegenleistung handeln müsse. — Der Mann wird regelmäßig schon deshalb nicht Eigentümer werden können, weil der Dritte, welcher der Schuldner der Frau ist, nicht den Willen haben wird, den Mann durch die Leistung zum Eigentümer zu machen.

— Über den Erwerb teils mit Mitteln des eingebrachten Gutes, teils mit Mitteln des Mannes: Thiele S. 38 ff. Auch in diesem Punkte leiden die Ausführungen Thieles daran, daß er den Erwerb des Mannes im eigenen Namen mit dem Erwerb auf dem Wege der Stellvertretung verwechselt. Richtig ist aber — gegen Planck IV Bem. 2a zu § 1381 — daß die Frau stets Miteigentum erwirbt, auch wenn der Mann für sie Alleineigentum erwerben wollte; denn der Mann ist eben nicht der Stellvertreter der Frau. Anderseits erwirbt der Mann Alleineigentum für sich, wenn er nachweislich für sich erwerben wollte. — Erwirbt der Mann teils mit Mitteln des eingebrachten Gutes, teils mit Mitteln eines Dritten, so wird er regelmäßig für sich und seine Frau Miteigentum begründen. Thiele S. 40. Dies scheint mir richtig. Denn zum Dritten steht der Mann an sich in keinem Rechtsverhältnis, welches zur Begründung des Miteigentums zwischen der Frau und dem Dritten führen

Digitized by Google

könnte. Aber es fragt sich, wie der Mann überhaupt dazu kommen kann, mit Mitteln des Dritten zu erwerben. Das setzt eine Aufopferung von Vermögen des Dritten voraus, zu welcher der Mann fähig sein muß. Regelmäßig wird die Fähigkeit dazu aber nur in einem Vertretungsverhältnis begründet sein. Z. B. wenn der Mann zugleich Vormund des Dritten ist, der mit der Frau das Miteigentum an der aufzuopfernden Sache hat. Dann aber erwirbt der Mann, sofern er im Namen des Dritten handelt, zweifellos Miteigentum für die Frau und den Dritten. Die Begründung bei Thiele S. 40 ist unzureichend.

— Nach Thiele S. 43 soll es ferner gleichgültig sein, ob das Geschäft, zu welchem die Mittel des eingebrachten Gutes verwendet worden sind, mit oder ohne Zustimmung der Frau abgeschlossen worden ist. Aber das ist nicht richtig. Ohne die Zustimmung der Frau erfolgt regelmäßig keine Aufopferung von Mitteln des eingebrachten Gutes, und dann tritt keine Surrogation ein. Die Entstehungsgeschichte des § 1381 beweist die Meinung des Verfassers nicht.

— Über den Begriff der „Mittel des eingebrachten Gutes": Thiele S. 17 f. Er sucht nachzuweisen, daß bei diesem Begriff die Eigentumsfrage überhaupt keine Rolle spiele: „Es genügt der Nachweis, daß der Erwerb zu Lasten des eingebrachten Gutes gemacht ist mit Mitteln, welche wirtschaftlich als zum eingebrachten Gut gehörig anzusehen sind. Das ist m. E. unrichtig. Das eingebrachte Gut ist ein Rechtsbegriff, kein wirtschaftlicher Begriff. Richtig ist nur, daß der Erwerb mit Mitteln, welche zwar thatsächlich beim Vermögen der Frau sind, aber nicht rechtlich dazu gehören (fremde Sachen!) nicht eingebrachtes Gut wird. Vgl. auch Hachenburg, Vorträge S. 124 ff., Habicht S. 236, Planck IV S. 127 Bem. 2a. — Die „Mittel" müssen zur Zeit als der Erwerb gemacht wurde, zum eingebrachten Gut gehört haben: Thiele S. 20, 23 f.

Thiele a. a. O. S. 14: Wo der Eigentumserwerb des Surrogationsberechtigten vorausgesetzt ist und es sich nur darum handelt, die Zugehörigkeit des Erworbenen zu einer von mehreren dem Berechtigten gehörigen Vermögensmassen zu bestimmen, bedient sich das Gesetz überall einer dem § 1370 entsprechenden Formulierung: Surrogiert wird, was durch ein sich auf die betr. Vermögensmasse beziehendes Rechtsgeschäft erworben wird. Wo dagegen der Erwerber und der Surrogationsberechtigte verschiedene Personen sind, 1381, 1382 Surrogation.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

so daß es sich fragt, ob der eine oder der andere für sein Vermögen erwirbt, normiert das Gesetz die Surrogation in einer sich an den § 1381 anlehnenden Weise: Surrogiert wird, was mit Mitteln der betr. Vermögensmasse erworben wird.

1382 Haushaltungsgegenstände.

Thiele, Arch. f. d. ziv. Praxis 91 S. 51 ff. Über den Begriff der Haushaltungsgegenstände S. 53: Zu diesen hat der Gesetzgeber nur die für das gewöhnliche Leben notwendigen Sachen gezählt; vgl. §§ 1640, 1969. S. 61 f.: Mit welchen Mitteln die Ersatzstücke angeschafft sind, ist hier gleichgültig. Über den Beweis: S. 62 f.: Man wird dem Manne den Beweis gestatten müssen, daß er nicht für das eingebrachte Gut erwerben wollte. Vgl. auch Planck IV Bem. 3b zu § 1382, Habicht S. 239 Bem. 3c zu § 1382. — Über das Verhältnis des § 45 K.O. zu § 1382: Thiele S. 68 ff. Gegenüber den Gläubigern muß die Frau den Nachweis führen, daß der Erwerb nicht mit Mitteln des Mannes gemacht ist.

1387 Z. 1 Haftung des Mannes gegenüber der Frau.

Über die Frage, ob der Ehemann der Frau im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß gewähren muß (vgl. Allg. Landrecht II 1 § 726) s. für das b. Recht: Marwitz, D. Juristenzeitung V S. 43: Im allgemeinen besteht keine solche Verpflichtung. Sie kann dem Manne nur nach § 1402 durch das Vormundschaftsgericht (nicht Prozeßgericht!) aufgelegt werden. Vgl. die §§ 1451, 1464, 1525, 1549; auch M. S. 157. Dagegen Mittelstein eod. S. 160 unter Verweisung auf die §§ 1412 II, 1460 II und unter Ablehnung des § 1402. Ferner Ullmann, ges. Güterrecht (1901) S. 94 ff.

1388 Haftung des Ehegatten gegenüber den Gläubigern.

Über die Schuldenhaftung der Ehegatten bei der Verwaltungsgemeinschaft: Knitschky in der Mecklenburgischen Zeitschrift 18 S. 125 ff.

1405 Rechtsgeschäfte der Frau.

Über den Begriff des Erwerbsgeschäfts: Knitschky a. a. O. S. 138 im Anschluß an Planck IV Bem. 2 zu § 1405 gegen Staudinger IV S. 100: Jede auf Erwerb gerichtete Thätigkeit, z. B. auch die der Künstlerin und Taglöhnerin.

1406 A. 3 Verfügungen der Frau.

Unter die Vornahme eines Rechtsgeschäftes fallen nicht nur einseitige Geschäfte, sondern auch Verträge. Knitschky a. a. O. S. 142.

1410

Über die Schuldenhaftung: Knitschky S. 125 ff.

1411 Haftung des eingebrachten Gutes.

Über den Konkurs über das Vermögen der Ehefrau bei der Verwaltungsgemeinschaft, insbes. über die Stellung der Gläubiger des eingebrachten und des Vorbehaltsgutes: Knitschky a. a. O. S. 160 ff. Vgl. auch Ullmann, ges. Güterrecht S. 130 ff.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

— Gegen Plancks Behauptung (Bem. 5 zu § 1411), auch solche Gläubiger der Frau, welche nicht aus dem eingebrachten Gute Befriedigung finden können, sollten sich die Ersatzforderungen der Frau gegen den Mann wegen Veräußerung oder Verbrauch oder nachlässiger Verwaltung überweisen lassen können, es seien aber ihnen gegenüber die Beschränkungen der §§ 1377 III, 1394 wirksam, wendet sich Knitschky, Mecklenb. Zeitschr. 18 S. 147: Dies wäre nur zulässig, wenn diese Forderungen zum Vorbehaltsgute gehören würden, was offenbar nicht der Fall ist. Anders im Fall des § 1417; denn der Ersatzanspruch aus § 1417 II gehört zum Vorbehaltsgut.

Über die Frage, ob das eingebrachte Gut für Schulden haftet, 1412
die aus den von der Frau ohne Auftrag geführten Geschäften entstehen: Knitschky a. a. O. S. 133 im Anschluß an Matthiaß, Lehrb. II § 88.

— „Nach Eingehung der Ehe": Wenn der gesetzliche Güterstand erst im Verlauf der Ehe durch Vertrag an die Stelle eines anderen gesetzt worden ist, so nimmt Planck IV Bem. 1 zu § 1411 an, daß der Zeitpunkt des Eintritts der Verwaltung und Nutznießung dem der Eheschließung gleichgestellt werden müsse. Dazu Knitschky S. 143 f.: Eine Ausnahme ist für den Fall zu machen, daß die Einbringung des Frauenvermögens ein Entgelt für eine Leistung des Mannes bildet. (?)

— Ebenda über die Schuldenhaftung bei Umwandlung der Gütergemeinschaft in die Verwaltungsgemeinschaft.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

Es genügt der Antrag des Ehemanns bei der Fahrnisgemein- 1443
schaft, damit die Eintragung im Grundbuch zu gunsten der Ge- Rechte am Gesamtgute.
meinschaft erfolgt. Lenel, D. Juristenzeitung V S. 289 gegen das Oberlandesgericht Colmar, E. v. 9. IV. 1900.

Iwand, D. Juristenzeitung V S. 272 f. über die Frage, ob 1445
die Einwilligung der Ehefrau zur Eintragung einer Sicherungs- Verfügung über Grundstücke.
hypothek für den Kaufpreis eines zum Gesamtgut erworbenen Grundstücks erforderlich ist: Die Ansicht von Amelunxens, Notariatszeitschrift f. Elsaß-Lothringen XX S. 113 ff., daß Belastung vor oder gleichzeitig mit der Einverleibung des Belastungsobjekts in das Vermögen nicht als „Verfügung" über als ein zu diesem Vermögen gehörendes Grundstück angesehen werden könne, entspricht nicht dem

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

§ 1445 und es stehen ihr auch die §§ 19, 29 der Grundbuchordnung entgegen. Es ist daher die Bewilligung der Frau erforderlich. Ebenso das Oberlandesgericht Colmar in der genannten Zeitschrift XX S. 203.

— Fällt unter diese Bestimmung auch der Fall, daß der Ehemann beim Kauf eines in die Gemeinschaft fallenden Grundstücks dem Verkäufer für die Restkaufgelder eine Hypothek bestellen will? Bedarf es auch dazu der Einwilligung der Frau? Dafür das Oberlandesgericht Colmar, E. v. 2. April 1900. Dagegen Lenel, D. Juristenzeitung V S. 290, weil hier die ratio legis nicht zutreffe; ferner Brachvogel eod. S. 392: Die Zustimmung ist nur erforderlich zur Verfügung über ein bereits zum Gesamtgut gehörendes Grundstück.

1483 Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute gehört nicht zum Nachlaß desselben, wenn die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird. Dazu Schiffner, Pflichtteil ꝛc. S. 134 und Krüger, Grünhuts Zeitschrift 27 S. 467: Ein Nachlaß ist allemal vorhanden, wenn der Erblasser auch nichts als diesen Anteil hinterlassen hat, wenn auch die gemeinschaftlichen Abkömmlinge allein zur gesetzlichen Erbfolge berufen wären. Der Anteil wird aber von den Abkömmlingen nicht auf Grund Erbrechts erworben. Wir gelangen so zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß für die Abkömmlinge, ja eventuell überhaupt, keine Erbfolge hinter dem verstorbenen Ehegatten stattfindet, obwohl jene an sich zur gesetzlichen Erbfolge berufen wären.

VII. Titel. Scheidung der Ehe.

1567 II 1 Böswilliges Verlassen.

Ungenannt in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen 47 S. 197 ff. über die Frage, wie sich das Ehescheidungsrecht nach dem Inkrafttreten des B.G.B. mit Rücksicht auf die durch die Altenburgische Eheordnung vom 13. V. 1837 §§ 208 ff. vorgeschriebene zeitweilige Trennung von Tisch und Bett gestaltet, wenn auf Herstellung der Gemeinschaft vor dem Inkrafttreten des B.G.B. erkannt, die Ehe aber noch nicht geschieden worden ist.

1569 Geisteskrankheit.

Lenel, D. Juristenzeitung V S. 215 f. Bloße Geistesschwäche genügt nicht als Scheidungsgrund, selbst dann nicht, wenn sie im Lauf der drei Jahre in Geisteskrankheit umschlagen sollte. Dagegen darf nicht verlangt werden, daß die Geisteskrankheit die geistige Gemeinschaft schon drei Jahre lang aufgehoben habe. Dies gilt vielmehr nur für die Zeit des Scheidungsverfahrens. Über die

Digitized by Google

„Aufhebung der geistigen Gemeinschaft“: Lenel S. 216 f.: Es wird vom Gesetz weder die völlige Verblödung gefordert, noch genügt die Aufhebung des Bewußtseins vom bestehenden ehelichen Band. Das Gesetz fordert nicht die Aufhebung der geistigen Gemeinschaft zwischen beliebigen Ehegatten, sondern zwischen diesen individuellen Ehegatten. Dies ist das Bewußtsein gemeinsamer Interessen und der Wille, sich in den Dienst derselben zu stellen. Anderseits kommt es nicht auf den Umfang und die Intensität der konkreten geistigen Gemeinschaft an.

— Über die lucida intervalla: Lenel S. 218.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

X.

Sprechsaal.

6.

Die Frage, ob B. den A. belangen kann, ist m. E. zu bejahen. Der Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung des A. und dem Unfall des B. ist nicht dadurch unterbrochen, daß B. von dem Trottoir auf die Fahrstraße herabsteigt und dort zu Fall kommt. Denn diese Handlung des B. ist durch die Unterlassung des A. veranlaßt; letztere also condicio sine qua non des eingetretenen Erfolges. Es ist auch meines Ermessens ganz unmöglich, logisch oder juristisch zwischen näherer und entfernterer Ursache, vorwiegender oder geringerer Verursachung, adäquater oder nicht adäquater Kausalität zu unterscheiden. (Vgl. die Zeitschriftenübersichau H. 1. S. 39 zu § 254.) Diese sämtlichen Unterscheidungsversuche beruhen auf dem Bestreben, die Haftung des Schadensersatzpflichtigen einzuschränken, bezw. ihre Ausdehnung ins Ungemessene zu verhüten, was besonders deutlich aus Dernburg, Pand. II § 45 Z. 2 erhellt, wo die Frage, für welchen Schaden gehaftet wird, mit der Kausalitätsfrage verquickt ist. Auch die Unterscheidung zwischen Verursachung und Veranlassung zieht keine feste Grenze, und die Berufung auf die Anschauung des Lebens (Dernburg a. a. O.) stellt alles, so praktisch sie auch zu sein scheint, auf das subjektive Ermessen des Richters ab, der hier völlig ratlos sein wird. Denn erscheint es einerseits unbillig, daß A. für einen Schaden hafte, der ungemessen groß ist (B. wollte den Arzt für seine todkranke Frau holen; diese stirbt und erwirbt die Erbschaft des X. nicht mehr, die ihr andernfalls angefallen wäre; B. sollte im Auftrage der Firma, bei welcher er angestellt ist, Aktien kaufen und verkaufen, was nicht geschieht u. s. w.) und der, wenn er ihn hätte vorhersehen können, ihn zur Erfüllung seiner Pflicht zweifellos veranlaßt haben würde, so kann es anderseits auch als unbillig bezeichnet werden, daß B. und mittelbar andere einen Schaden tragen sollen, den A. verursacht und verschuldet hat.

Indessen haben alle diese Erwägungen mit der Frage, ob die Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht vorliegen, nichts zu thun. In

Digitized by Google

dieser Beziehung ist ausschließlich zu prüfen, ob das Ereignis a eine der Bedingungen des Erfolges x geworden ist, gleichgültig ob andere Ereignisse b, c, d früher oder später gleichfalls Bedingungen des Erfolges geworden sind. Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs liegt nur dann vor, wenn eines der anderen Ereignisse bezw. Momente das Bedingungsverhältnis zwischen a und x zerstört. Ist der Kausalzusammenhang gegeben, so ist des weiteren die Frage zu stellen, ob auch, wenn dies nach dem Gesetz Voraussetzung der Schadenersatzpflicht ist, ein Verschulden vorliegt, was im gegebenen Fall wohl auch zu bejahen sein wird. Unabhängig von dieser Operation ist die Frage nach dem Umfang der Haftung. Im Gegensatz zu früheren Rechten — vgl. Cosack I § 91 Z. 6 — welche die Haftung teils auf den „unmittelbaren" Schaden, teils auf den voraussehbaren Schaden beschränkten (allg. Landr. I 6 § 15, code civil art. 1150, 1151) schweigt darüber das G.B. vollkommen und zwar in der nicht zu bezweifelnden Absicht, den Schuldigen auch für den entferntesten Schaden haften zu lassen. Vgl. Mot. II S. 18; Prot. I S. 291 f.; VI S. 151, Denkschrift S. 44 u. insbes. E. II § 215.[1]) Wenn daher auch nicht mehr gesagt ist, daß der Schuldner für den ganzen Vermögensschaden aufzukommen hat, wie das E. I § 218 vorsah, so führt doch das Stillschweigen des Gesetzbuchs zu dem gleichen Ergebnis. Fraglich kann daher nur sein, ob C.P.O. § 287 eingreift. Auch dies ist m. E. zu verneinen. Die Stellung des Paragraphen inmitten der Vorschriften über die Beweiswürdigung läßt deutlich ersehen, daß das Gericht nicht in der Lage ist, wenn ein Schaden in einer bestimmten Höhe *festgestellt ist*, aus Billigkeitsrücksichten den Beklagten nicht zum Ersatz des ganzen Schadens zu verurteilen. Vgl. Seuffert Bem. 2 zu § 287 C.P.O. (8. Aufl. Bd. I S. 439). Hier erweist sich also die Auslegungsthätigkeit als unzureichend, um Unbilligkeiten zu vermeiden. Dagegen wäre die Frage, ob die Haftung für Schadenersatz beschränkt werden soll, de lege ferenda einer eingehenden Untersuchung wert.

Kommt aber nicht G.B. § 254 zur Anwendung? Man wird dies verneinen müssen. Eine Pflicht des Verletzten, auf dem Trottoir zu bleiben und dort den Beinbruch zu riskieren, kann nicht anerkannt werden. Somit fehlt das eigene Verschulden des Beschädigten.

7.

Das punctum saliens des Falles ist, daß die Mutter des unehelichen Kindes nicht die elterliche Gewalt über das Kind hat (§ 1707). Da der Vormund, soweit die Sorge für die Person des Kindes in Betracht kommt, die rechtliche Stellung eines Beistandes hat (§ 1707[2]), hat er dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen (§ 1689). Für das Vorgehen des letzteren fehlt im Gesetzbuch eine ausdrückliche Bestimmung. Falls die §§ 1687, 1688, wie die Anfrage voraussetzt, *inhaltlich* anwendbar wären, wäre zu beachten, daß sie die *elter-*

[1]) Zu welch letzterem vgl. Endemann I S. 597 N.

Digitized by Google

liche Gewalt der Mutter voraussetzen und deshalb jedenfalls nicht unmittelbar angewendet werden können. Anderseits handelt § 1666 von der elterlichen Gewalt des Vaters und würde deshalb auch nur analog verwendet werden können. Diese Ansicht scheint z. B. Planck III S. 460 Bem. 2c zu § 1707 zu vertreten. Aber es fragt sich, da im 6. Titel des II. Abschnitts von Buch IV eine ausdrückliche, dem § 1666 entsprechende Vorschrift fehlt, ob die Anwendung der §§ 1687 f. nicht näher liegt, als die des § 1666, da erstere scheinbar durch § 1707 selbst nahegelegt wird.

Dies ist indessen zu verneinen. § 1707 [2] gewährt dem Vormund, soweit die Sorge für die Person des Kindes der Mutter zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes. Dies kann nur die Bedeutung haben — da diese Stellung bei der ehelichen Mutter geregelt ist —: der Vormund des unehelichen Kindes hat in Bezug auf die Sorge für die Person des Kindes die nämliche Stellung, wie sie der Beistand der Mutter eines ehelichen Kindes in Bezug auf die Sorge für die Person desselben hat.

Diese Stellung aber ergibt sich daraus, daß der Beistand die Mutter innerhalb des durch seine Bestellung gegebenen Wirkungskreises (§ 1688) nicht zu ersetzen oder zu verdrängen, sondern nur zu unterstützen und zu überwachen hat (§ 1689); nur in Bezug auf die Vermögensverwaltung besteht eine Ausnahme insofern, als ihm diese auf Antrag der Mutter ganz oder teilweise übertragen und damit der Mutter entzogen werden kann (§ 1693). Infolgedessen kann § 1688 nicht die Bedeutung haben, daß das Vormundschaftsgericht in der Lage ist, durch Erweiterung der Bestellung die Rechte der ehelichen Mutter gegen ihren Willen irgendwie zu schmälern und insbesondere, ihr die Sorge für die Person des Kindes zu nehmen. Der Paragraph sagt vielmehr nur, daß es die durch § 1689 ihm gewährten Befugnisse auf alle Angelegenheiten oder einzelne ausdehnen oder beschränken kann; die Befugnisse des § 1689 selbst sind nicht erweiterbar. Alles, was der Beistand vermag, besteht daher, soweit nicht § 1693 in Betracht kommt, in der Anrufung des Vormundschaftsgerichts, und selbst dieses kann ihn dieser Notwendigkeit nicht überheben. Da im übrigen in Bezug auf die elterliche Gewalt der Mutter die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung finden (§ 1686), so gilt jedenfalls für die eheliche Mutter § 1666. Das Vormundschaftsgericht kann also nur einschreiten, wenn es das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 festgestellt hat.

Die Anwendung auf die uneheliche Mutter ist einfach genug. Die rechtliche Stellung des Beistandes in Bezug auf die Person des Kindes ergibt sich auf dem Umwege über §§ 1688, 1693 aus § 1689; d. h. der Vormund, der in Bezug auf das Vermögen und die Vertretung des Kindes wirklicher Vormund ist, hat hier nur das Recht, die Erziehung u. s. w. des Kindes zu überwachen, die Mutter darin zu unterstützen und gegebenenfalls dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu erstatten. Dann fragt es sich, ob dieses „zum Einschreiten berufen ist". (§ 1689 a. E.)

Und hier ändert sich die rechtliche Situation gegenüber der ehelichen Mutter. Auf diese findet § 1666 wegen der Verweisung in

Digitized by Google

§ 1686 Anwendung; da die Sorge der unehelichen Mutter für die Person des Kindes nicht elterliche Gewalt ist, fehlt diese Brücke. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist also das Vormundschaftsgericht hier nicht „zum Einschreiten berufen"; es liegt eine Lücke im Gesetze vor, die nur durch Analogie ausgefüllt werden kann. Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. Der Grund der Vorschrift des § 1666 ist, daß die elterliche Gewalt dem Vater das Recht gewährt, für die Person des Kindes zu sorgen, und daß ein Mißbrauch dieses Rechtes möglich ist; da dieser Mißbrauch ebenso möglich ist, wenn das Recht der Sorge für die Person des Kindes ohne die elterliche Gewalt zusteht, so muß in diesem Fall die gleiche Schutzvorschrift gelten.

Die fragliche Lücke im B.G.B. war übrigens schon im I. Entwurf vorhanden. E. I § 1570, welcher dem § 1707 B.G.B. entspricht, gewährte der Mutter diese Sorge für die Person des Kindes „nach Maßgabe des § 1558²; diese Verweisung ergibt, daß der Vormund „in Ansehung der Ausübung der Sorge" die im § 1540 bezeichnete Stellung haben sollte, welche der des § 1689 G.B. entspricht. Nun enthielt zwar auch E. I keine ausdrückliche Vorschrift über die Voraussetzungen, unter welchen das Vormundschaftsgericht gegen die uneheliche Mutter sollte einschreiten können; aber das Recht der Mutter war als ein Rest elterlicher Gewalt gedacht (arg. § 1558 „behält" vgl. G.B. § 1697), wie sich denn auch die Motive (IV S. 835) dafür entscheiden, der Mutter „die thatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes als ein residuum der elterlichen Gewalt zu belassen", woraus sich die Anwendung des § 1546 (G.B. 1666) von selbst ergibt. Dies wird allerdings nur von der Mutter, welche die elterliche Gewalt durch Wiederverheiratung verliert, gesagt; aber es ist m. E. ganz unbedenklich, das Fürsorgerecht der unehelichen Mutter auch als ein, wenn auch nicht genetisches, so doch begriffliches Bruchstück der elterlichen Gewalt aufzufassen. Übrigens nehmen die Motive (IV S. 862) selbst die Zulässigkeit der Analogie in unserem Falle an. Es ist deshalb auch gleichgültig, daß G.B. § 1666 nur von der elterlichen Gewalt des Vaters handelt, während der ihm entsprechende § 1546 E. I von dem „Inhaber der elterlichen Gewalt" im allgemeinen sprach. Hieraus ergibt sich die Beantwortung der Anfrage: 1. Die Weigerung der Mutter ist berechtigt; 2. Analoge Anwendung des § 1666 ist erforderlich; 3. die vom Vormundschaftsgericht dem Vormund erteilte Ermächtigung, das Kind wegzunehmen, ist bedeutungslos.

9.

Die Beantwortung der Fragen ergibt sich aus den §§ 1990 und 1991. Da bei Unthunlichkeit der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses einerseits die eingetretenen Konfusionen als nicht geschehen gelten, anderseits der Erbe nicht verpflichtet ist, abgesehen von Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen die Gläubiger in bestimmter Reihenfolge zu befriedigen, so muß er sich selbst vorweg befriedigen können (§§ 1991 Abs. II und IV). Die Unbilligkeit dieses Ergebnisses

Digitized by Google

ist nur scheinbar, da bei Befriedigung irgend eines anderen Nachlaßgläubigers die übrigen ja in gleicher Weise benachteiligt werden.

10.

Die Gültigkeit des von der Witwe W. errichteten Testamentes hängt davon ab, ob ihr Sohn vor oder nach der Testamentserrichtung gestorben ist. Da derselbe verschollen ist, ist die Gültigkeit solange ungewiß, bis er zurückkehrt oder für tot erklärt wird. Im letzteren Fall beantwortet sich die Frage der Gültigkeit des Testaments nach dem Zeitpunkt, der in dem Ausschlußurteil als Zeitpunkt des Todes angegeben ist. § 18 G.V.

Daß die Witwe W. ihren Sohn neben dem Kapitän O. einsetzt, ist belanglos. Denn hat er zur Zeit der Testamentserrichtung gelebt, so ist die Einsetzung des O. nichtig (§ 2271 Abs. II); war er in diesem Augenblick nicht mehr am Leben, so erhält O. den ganzen Nachlaß nach § 2094.

Wer der Erbe der W. ist, ist mithin im Augenblick des Erbfalls ungewiß. Die Voraussetzungen der Anordnung einer Nachlaßpflegschaft liegen daher vor (§ 1960 1). Die Beantwortung der Frage, wie der Pfleger gegen den O. vorgehen kann, scheint nun sehr einfach: im Wege der Klage auf Herausgabe des Nachlasses. Dies ist unter allen Umständen richtig, wenn der Pfleger Vertreter des Nachlasses, nicht des Erben ist, wie ihn z. B. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 73 f., 123 f. und Verträge auf Leistung an Dritte S. 214 auffaßt. Indessen scheint mir diese Auffassung unmöglich, vgl. meine Rechtsstellung des Erben I S. 185 ff., II § 20 zu N. 18 ff. (noch nicht erschienen). Vgl. auch Strohal, Erbrecht II. Aufl. S. 320 N. 23, aber auch S. 476 N. 25. Der Nachlaß ist kein Rechtssubjekt, welches vertreten werden könnte, und der Pfleger muß Vertreter des Subjekts des Nachlasses sein, um mit Wirksamkeit für den Nachlaß, d. h. für sein Subjekt, handeln zu können. Was man gegen diese Auffassung vorgebracht hat, scheint mir nicht haltbar zu sein. Dann aber entsteht eine große praktische Schwierigkeit. Denn ist O. der Erbe, so wird man annehmen müssen, daß sich der Pfleger einfach eigenmächtig in den Besitz des Nachlasses setzen kann, ohne daß O. in der Lage ist, sich dieser Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren. Vgl. Planck IV S. 534 Bem. 1 b zu § 1793, V S. 104 Bem. 1 a zu § 1985; Strohal S. 477 Z. 1, Binder, Rechtsstellung des Erben II § 23 N. 76, neuestens Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft S. 240. Ist dagegen O. nicht der Erbe, so steht der Pfleger nicht zu ihm, sondern zu einem Dritten in dem Vertretungsverhältnis, welches ihn zur Wegnahme berechtigen würde, und er ist deshalb gegenüber dem O. nicht zur Wegnahme, sondern nur zur Klage berechtigt. Aus der hypothetischen Erbenstellung des O. ergibt sich aber auch eine Schwierigkeit bezüglich der Klage auf Herausgabe. Ist der Pfleger der gesetzliche Vertreter des O, so kann er nicht gegen ihn klagen, ist er es nicht, so muß er klagen. Dieses

Digitized by Google

Ergebnis ist unmöglich. Eine Lösung des Dilemmas scheint mir aber auf zweifachem Wege versucht werden zu können. Es ist einerseits möglich, daß der Nachlaßpfleger, obwohl er im allgemeinen Vertreter des Erben ist, doch gegen den Erben klagt und von ihm verklagt wird, wie ich das in meiner „Rechtsstellung des Erben" für den Nachlaßverwalter zu begründen versucht habe. Nicht als ob dann, wenn es sich um Ansprüche des Erben gegen den Nachlaß und umgekehrt handelt, der Verwalter nicht Vertreter des Erben wäre; sondern der Erbe wird insofern so behandelt, als ob er nicht Erbe, sondern ein dem Nachlaß fernstehender Tertius wäre. Das nämliche ließe sich in unserem Falle sagen. Der Nachlaßpfleger wird bestellt, um die Interessen des Definitiverben zu wahren und ihm den Nachlaß zu erhalten. Insofern behandelt das Gesetz das Individuum, gegen welches sich diese Maßregel richtet, als Nichterben, auch wenn es der wirklich berufene Erbe ist. Der Erbe wird vom Nachlaß separiert, weil möglicherweise ein anderer Erbe wird; es wird ihm bis zur Annahme die Erbschaft entzogen und damit die Möglichkeit einer Klage gegen ihn auch für den Fall begründet, daß sich hinterher der Pfleger als *sein* gesetzlicher Vertreter erweist. Der andere Weg wird durch folgende Argumentation gezeigt: Wer, wie in unserem Falle O., behauptet Erbe zu sein, muß den Nachlaßpfleger als seinen gesetzlichen Vertreter anerkennen und ihm weichen, auch wenn sich nachträglich herausstellt, daß er nicht Erbe ist, sei es, daß sich der Berufungsgrund als ungültig erweist, wie hier, oder daß er die Erbenstellung durch Ausschlagung freiwillig aufgibt. Und dieser letztere Weg scheint mir der näherliegende zu sein. Ich glaube daher, daß der Pfleger unter allen Umständen von O. die Herausgabe des Nachlasses verlangen und sich im Falle der Weigerung selbst in den Besitz desselben setzen kann.

11.

Die Entscheidung des Falles kann nicht zweifelhaft sein. Der Testamentsvollstrecker konnte die fragliche Verbindlichkeit eingehen, da sie entgeltlich ist und nicht außerhalb der Grenzen einer ordentlichen Verwaltung des Nachlasses liegt. (G.B. § 2206). Daher bildet die Forderung von 5000 Mk. gegen den Nachlaß eine Masseschuld, die vorweg zu tilgen ist (K.O. § 224 Z. 5). Dieses Ergebnis ist freilich exorbitant und zeigt, wie wenig passend es war, dem Testamentsvollstrecker die gleiche Stellung wie dem Nachlaßverwalter einzuräumen. Wenn dessen Verbindlichkeiten Masseschulden werden (K.O. a. a. O.), so läßt sich dies damit rechtfertigen, daß er im Interesse der Nachlaßgläubiger thätig wird, und daß seine Geschäfte von vornherein die möglichst günstige Liquidation des Nachlasses bezwecken. Davon ist beim Testamentsvollstrecker keine Rede. Was die Begründung zu §. 205 g der Novelle zur K.O. ausführt, trifft auch nicht zu: „Die Konkursmasse würde auf Kosten der betreffenden Personen ohne Rechtsgrund bereichert werden, wenn diese ihre Forderungen nur als Konkursforderungen geltend machen könnten"! Als ob es sich um Forderungen

Digitized by Google

des Vollstreckers gegen den Nachlaß handelte! Ebenso unzutreffend ist die Ansicht der Motive (V S. 630), daß hier ebenso wie bei der Nachlaßpflegschaft „eine Geschäftsbesorgung für den Nachlaß vorliegt". Damit läßt sich wohl begründen, daß die aus dieser Geschäftsbesorgung entstehenden Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten sind, nicht aber, daß sie privilegiert werden. Es ist in der That nicht einzusehen, warum die Obligationen aus Nachlaßgeschäften, welche nicht für die Nachlaßgläubiger abgeschlossen sind, sofern sie nach dem Tode des Erblassers begründet werden, den vom Erblasser selbst eingegangenen Obligationen vorgehen sollen. Anders liegt die Sache bezüglich der Ansprüche des Erben, des Nachlaßpflegers und Testamentsvollstreckers gegen den Nachlaß selbst, für deren Qualifikation als Masseschulden (K.O. §§ 224 Z. 1 u. 6) sich allerdings anführen läßt, daß eine mögliche Benachteiligung dieser Personen durch ihre Geschäftsführung vermieden werden muß. Vgl. Mot. V S. 629, 630 unten; Begr. zu K.O. § 205 g (S. 70). De lege ferenda wäre die Streichung des Testamentsvollstreckers in § 224 Z. 5 K.O. dringend zu wünschen.

12.

Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist die Durchführung des letzten Willens, nötigenfalls gegen den Willen der Erben. Insoweit er hiernach die Auseinandersetzung zu bestätigen hat (§ 2204), ist er von ihnen vollkommen unabhängig und, da seine Befugnisse durch den Willen des Erblassers gegeben sind (§ 2203), gar nicht fähig, mit ihnen einen Vertrag über die Auseinandersetzung zu schließen, der im Widerspruch mit dem Willen des Erblassers steht. Ebenso ist für ihn die Einigung der Erben über die Auseinandersetzung durchaus belanglos, soweit nicht das Gesetz selbst ihnen freien Spielraum läßt (vgl. Frommhold zu § 2204 S. 197). Selbst wenn man daher in der Einigung der Erben über den Verteilungsplan des Vollstreckers einen Vertrag mit diesem oder unter einander erblicken wollte, wäre derselbe nichtig, weil er gegen den Willen des Erblassers verstößt. — Der Fall legt aber die andere Frage nahe, wie es sich verhält, wenn der ursprüngliche Teilungsplan ebensowenig, wie der spätere, dem letzten Willen widerspricht. Kann *dann* der Vollstrecker noch von dem ersteren abgehen, obwohl die Erben mit ihm einverstanden waren? Dies wird zu verneinen sein. Die Auseinandersetzung ist ein Vertrag unter den Miterben, welcher sie und daher mittelbar auch den Testamentsvollstrecker bindet, sofern er nur nicht gegen den Willen des Erblassers verstößt. Daß nach § 2204 der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung zu „bewirken" hat, ändert m. E. daran nichts.

13.

Die herrschende Lehre betrachtet die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft als Partei, was die Folge hat, daß sie vom Zeugnis ausgeschlossen sind, versagt aber auch den nicht geschäftsführenden Mit-

Digitized by Google

gliedern das Recht, Parteieide zu leisten, bezw. dem Gegner der Gesellschaft das Recht, sie ihnen zuzuschieben. Darüber vgl. statt aller: Lehmann in seinem und Rings Kommentar zum H.G.B. I S. 261 (Bem. 4, 5 zu § 124). Hieraus würde für unsern Fall folgen, daß der eingetretene X. als Zeuge in dem ganzen Prozeß bis zu seiner rechtskräftigen Entscheidung nicht benannt und vernommen werden kann, bezw. daß eine vor dem Eintritt in die Gesellschaft gemachte Aussage nicht als Zeugenaussage im technischen Sinne verwertet werden kann. Vgl. dazu Griesbach in der Zeitschrift f. deutschen Zivilprozeß XXI S. 41 ff.; E. des R.G. in Gruchots Beiträgen XXXIII S. 1171; E. R.G. XXIX S. 343; ferner Zeitschrift f. d. Zivilprozeß XVIII S. 522, XIX S. 152; Seuffert, Kommentar zu C.P.O. 8. Aufl. I S. 569. Unser Fall gibt daher zu einer doppelten Frage Anlaß: 1) zu der zivilprozessualen, ob das Gericht die Aussage des X. überhaupt unberücksichtigt lassen muß, wie es das Berufungsgericht gethan hat, und 2) zu der gemischt zivilrechtlich-zivilprozessualen Frage, ob der X. wirklich Partei geworden ist, und ob, wenn dies der Fall ist, er trotzdem vom Parteieid ausgeschlossen war.

ad 1) Stellen wir uns auf den Boden der herrschenden Lehre, deren praktische Bedenklichkeit unser Fall deutlich genug zeigt, so wäre immer noch ein Ausweg aus dem Dilemma zu finden. Es unterliegt heute keinem Zweifel, daß die Aussage des nachträglich Partei gewordenen Zeugen nicht als Zeugenaussage in Betracht kommen, wohl aber von dem Richter nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung verwertet werden kann. Vgl. die oben Genannten und Planck, Lehrb. des Zivilprozesses I S. 346 ff. und II S. 193 zu N. 20. Der Satz, daß nur Geständnisse der Partei für den Richter glaubhaft sein dürfen, existiert in unserem Prozeßrecht nicht mehr; es werden zwar die der Partei vorteilhaften Aussagen meist wertlos, die Geständnisse aber meist wertvoll sein (Planck a. a. O. I S. 347); aber ein Rechtssatz des Inhalts, daß der Richter der Partei unter keinen Umständen in Bezug auf ihr vorteilhafte Behauptungen Glauben schenken darf, existiert nicht. Die C.P.O. § 286 läßt das Gericht ausdrücklich „unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen" und „des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme" (daß eine solche stattgefunden hat, ist also nicht vorausgesetzt) nach freier Überzeugung entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Vgl. auch die Motive zu § 259 der alten C.P.O.: „Indem der Richter auch das Ergebnis der Sachverhandlung nach freier Überzeugung zu würdigen hat, ist ihm die Befugnis gegeben, eine bestrittene Thatsache auf Grund des Ergebnisses der gesamten Sachverhandlung mittels Schlußfolgerung aus anderen unbestrittenen Thatsachen und dem gesamten Sachverhalt — ohne Beweiserhebung — als wahr anzunehmen." In Übereinstimmung damit bemerkt L. von Seuffert (Bem. 2 zu § 286 C.P.O.), daß das Gericht befugt ist, Beweisanerbietungen der Parteien abzulehnen, wenn es von der Wahrheit oder Unwahrheit der betr. Thatsache bereits vollkommen überzeugt ist (vgl. darüber auch die bei Seuffert a. a. O. Citierten), und damit

Digitized by Google

stimmt Planck (a. a. O. S. 348) überein, wenn er das Gericht „bei der Prüfung, ob die vorliegende Wissenserklärung der Partei aus ihrem Willen zur Wahrheit hervorgegangen sei, außer der Frage, ob ihr dabei jetzt Vorteil oder Nachteil erwachse, stets Zeit, Ort, Adressaten, Form, Veranlassung, Zweck ihrer Aussage u. s. w." erwägen läßt. — Vgl. auch Stein, das private Wissen des Richters S. 78 zu N. 17, 18 und dort Citierte.

Von dieser freien Stellung, welche unsere Gerichte vielleicht in traditioneller Beobachtung der gemeinrechtlichen Beweisregeln, nicht ausgiebig genug zu benutzen wissen, hätte das Berufungsgericht in diesem Fall entschieden Gebrauch machen müssen. Für den Berufungsrichter gilt das nämliche wie für den Richter erster Instanz in Bezug auf die Beweiswürdigung, und er hätte daher, ganz gleichgültig, ob die Aufnahme des X. in die Handelsgesellschaft nur zum Schein oder wirklich erfolgte, und mithin auch unabhängig von der Frage, ob ersteres bewiesen werden konnte oder nicht, die frühere Zeugenaussage des X. verwerten können. Daraus, daß das früher unbeteiligte nunmehrige Mitglied der beklagten Handelsgesellschaft zu ihrem Nachteil ausgesagt hat, mußte das Gericht die Überzeugung schöpfen, daß die Aussage der Wahrheit entsprach, und es konnte diese Überzeugung behalten, als aus dem Zeugen plötzlich eine Partei wurde.

Eine andere Frage ist, ob wegen der Nichtbeachtung dieses Grundsatzes Revision eingelegt werden kann. Ich möchte diese Frage bejahen. Ob das Gericht eine Thatsache als erwiesen oder nicht erwiesen betrachten darf, ist freilich in sein Ermessen gestellt und nicht Gegenstand der Revision; aber darum handelt es sich nicht im gegebenen Fall. Das Gericht II. Instanz hat die Abweisung der Klage nicht darauf gestützt, daß es die Überzeugung aus der Verhandlung nicht habe gewinnen können, daß der Anspruch begründet sei, sondern darauf, daß es die Aussage des X. nicht verwerten dürfe, und dies bedeutet ebenso eine Verletzung des § 286 C.P.O., wie die unrichtige Annahme nicht bestehender Beweisregeln. Daß das Urteil auf der unrichtigen Anwendung dieses Paragraphen beruht, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

ad 2) Nimmt man an, daß die Gesellschafter in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft Partei sind — vgl. darüber: Wach, Hdb. des Zivilpr. I S. 521 ff., 625, Zeitschr. f. Zivilpr. 9 S. 438 f.; Gaupp-Stein, Komm. zu § 50 Bem. 13; Cosack, Lehrb. des Handelsr. § 107, Z. V; Binder, die subj. Grenzen der Rechtskraft S. 79 ff.; neuestens aber Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 266 ff. und Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 62 — so ergiebt sich daraus noch keineswegs, daß alle Gesellschafter, weil sie Partei sind, den Parteieid zu leisten haben. (So Gierke, Genossenschaftstheorie S. 598 ff. und Lehmann in seinem und Rings Kommentar zum H.G.B I. S. 261 Bem. 5 zu § 124.) Denn die Frage, wer den Eid zu leisten hat, hängt davon ab, wem er zugeschoben werden kann (C.P.O. § 472) und darüber, daß nur der geschäftsführende Gesellschafter den Eid zuschieben und annehmen kann, kann bei der Dispositivnatur dieser

Digitized by Google

Handlungen nicht wohl ein Zweifel bestehen, wenn dies auch sehr bestritten ist (vgl. Seuffert zu § 472 C.P.O. Bem. 2 Abs. II u. dort Citierte). Daß die Vertretungsmacht des prozeßführenden Gesellschafters auf dem Willen der Gesellschafter beruht (Planck, Lehrb. I S. 211 N. 12) ist dafür ebenso belanglos, wie beim Vorstand einer Aktiengesellschaft, daß er von der Generalversammlung gewählt wird. Es wird sich also die durch das Verfahren der o. Handelsgesellschaft geschaffene Schwierigkeit nicht dadurch umgehen lassen, daß man der Gesellschaft den Eid zuschiebt.

Die Auffassung, daß in den Prozessen der Gesellschaft die Mitglieder Partei sind (latente Streitgenossenschaft), wird übrigens — abgesehen von der älteren Litteratur — in jüngster Zeit lebhaft bekämpft von Hellwig a. a. O. Nach ihm kommt der o. Handelsgesellschaft nicht eine nur formelle, sondern eine „singuläre materielle Parteifähigkeit" zu (Anspr. und Klagerecht S. 268 ff.), welche auf der eigentümlichen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens beruht: Sie ist keine juristische Person, wird aber auch prozessual als solche behandelt. Ist dies der Fall, so ist der vertretende Gesellschafter Organ und nicht bloß Bevollmächtigter der Gesellschaft, er allein kann Eide zuschieben, annehmen und leisten, und es steht nichts im Wege, den nicht geschäftsführenden Gesellschafter als Zeugen zu vernehmen. So einfach die praktische Gestaltung des Gesellschaftsprozesses bei dieser Sachlage ist, so möchte ich doch dagegen die Bemerkung nicht unterdrücken, daß ich nicht klar darüber bin, was sich Hellwig darunter denkt, daß er die juristische Persönlichkeit der H.G. leugnet, aber gleichzeitig (S. 270 N. 12) die „materielle Rechtssubjektivität der Gesellschaft" anerkennt. Daß eine Organisation Rechtssubjekt sein kann, ohne juristische Persönlichkeit zu haben, ist mir schwer verständlich; doch kann ich leider nicht näher darauf eingehen.

Die gestellten Fragen beantworte ich daher folgendermaßen: 1) Revision ist zu empfehlen; 2) bei Verwerfung der Revision wird die actio doli des § 826 zu gewähren sein, welche allerdings nur dann durchdringen wird, wenn der Nachweis gelingt, daß der Eintritt des X. in die Gesellschaft wenn auch nicht nur zum Schein, so doch zu dem Zweck erfolgte, ihn als Zeugen unbrauchbar zu machen.

14.

a) Der Börsenverein der deutschen Buchhändler zu Leipzig gehört m. E. nicht zu den eintragungsfähigen Vereinen (Idealvereinen). Der Zweck des Vereins ist ein wirtschaftlicher, insofern er in einer bestimmt gearteten Mitwirkung bei dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb seiner Mitglieder besteht. Nach den Satzungen vom 25. Sept. 1887 bezweckt der Verein: „Die Pflege und Förderung des Wohles, sowie die Vertretung der Interessen des Deutschen Buchhandels und seiner Angehörigen im weitesten Umfang; insbesondere aber die Schaffung und Unterhaltung von Anstalten und Einrichtungen behufs Erleichterung des gegenseitigen Geschäftsverkehrs und der Abrechnungen; die Feststellung allgemeingültiger geschäftlicher Bestimmungen im Verkehr

Digitized by Google

der Buchhändler unter einander, sowie der Buchhändler mit dem Publikum in Bezug auf die Einhaltung der Bücherladenpreise bezw. den den letzteren zu gewährenden Rabatt, endlich die Pflege des Unterstützungswesens für Angehörige des Buchhandels." Man wird nicht bestreiten können, daß hiernach der Verein in erster Linie die Unterstützung seiner Mitglieder in ihrem Geschäftsbetriebe, der ein wirtschaftlicher ist, bezweckt und daß sich diesem Zwecke alle anderen als Nebenzwecke unter- und einordnen; es scheinen mir daher hier die gleichen Gründe gegen die Eintragungsfähigkeit zu sprechen, wie bei dem vielgenannten Verein „Kreditreform" (S. Heft 1 S. 30 f., S. 65 f.)

b) Ist ein Ärzteverein ein sozialpolitischer? Die exakte Beantwortung dieser Frage würde die Kenntnis der Zwecke voraussetzen, die der Ärzteverein im einzelnen verfolgt. Im allgemeinen läßt sich behaupten, daß nur der Verein „sozialpolitische Zwecke verfolgt" (§§ 43, 61, G.B.), welcher durch politische Thätigkeit sozial wirken will, sodaß in dem Worte: Sozialpolitik die Politik das Mittel, das Soziale den Zweck bezeichnet. Sozialpolitik ist die Thätigkeit, welche darauf gerichtet ist, eine Änderung unserer wirtschaftlichen Verhältnisse im Interesse der Gesellschaft im allgemeinen oder gewisser Klassen derselben durch Umgestaltung der Rechtsordnung der Gesellschaft herbeizuführen, während sozial nur die Thätigkeit ist, welche sich ausschließlich auf den wirtschaftlichen Erfolg bezieht und ihn im Rahmen der jeweils bestehenden Rechtsordnung zu erreichen sucht. Allerdings wird der Ausdruck „Sozialpolitik" häufig in dem letzteren Sinne gebraucht; „Politik" bedeutet dann die (im sozialen Sinne wirkende) Thätigkeit öffentlicher Faktoren; aber es ist einerseits nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber das Wort in diesem Sinne verstanden hat, weil es sich nicht um öffentliche, sondern um private Organisationen handelt, und weil sonst eine Unterscheidung von „sozial" und „sozialpolitisch" unmöglich wäre, anderseits zu behaupten, daß das Adjektivum „sozialpolitisch" nicht in diesem letzteren Sinn gebraucht wird, wie das Substantivum „Sozialpolitik". Von diesem Gesichtspunkte aus möchte ich die Frage im allgemeinen verneinen. Der Zweck muß nicht nur sozial, sondern auch politisch sein, um sozialpolitisch zu sein. Vgl. Eck, Sammlung von Vorträgen (1896) S. 17; aber auch Endemann I S. 211 N. 7 b.

c) Die Frage, ob ein nicht rechtsfähiger Verein eine Widerklage erheben kann, ist bekanntlich bestritten. Vgl. dazu neuestens Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 296. Ich möchte die Frage bejahen. Wenn § 50 II C.P.O. sagt: in dem Rechtsstreite hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins, so mußte damit etwas anderes gesagt sein, als daß der Verein verklagt werden kann, weil dies vorher schon gesagt ist; es kann also nur bedeuten, daß in dem anhängigen Prozeß der Verein ebenso zu behandeln ist, als ob er rechtsfähig wäre, und dies ist sachgemäß nicht auf die prozessuale Stellung des Vereins zu beschränken. Ebenso, wie das Vereinsvermögen in Bezug auf die Klage und die Zwangsvollstreckung als Vermögen einer juristischen Person zu behandeln ist (C.P.O. § 735), so muß dies auch in Bezug auf eine Widerklage geschehen, und zwar um so unbedenklicher, als das

Digitized by Google

Vereinsvermögen in gewissem Sinne eine Einheit bildet und von dem Vermögen der Vereinsmitglieder separiert ist, so daß die Forderungen des Vereins nicht als Forderungen der Mitglieder behandelt werden. (Vgl. dazu G.B. § 719 II: Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.) Obwohl, wenn die Gesellschaft klagt, alle Gesellschafter Parteien sind, kann doch der Beklagte nur mit einer Forderung aufrechnen, die ihm gegen das Gesellschaftsvermögen zusteht. Umgekehrt wird man annehmen müssen, daß, wenn die Gesellschaft verklagt wird, sie eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung aufrechnen kann, und das gleiche ist für den nicht rechtsfähigen Verein zu behaupten. Das einzige Argument aber, welches man seinem Widerklagerecht entgegenhalten könnte, müßte ein materiellrechtliches sein, darin bestehend, daß der Verein keine aktive Rechtsfähigkeit besitzt. Dieses wird durch den Hinweis auf das Aufrechnungsrecht der Gesellschaft widerlegt. Insoweit das Vereinsvermögen materiell als selbständiges Vermögen behandelt wird, muß der Verein, wenn er erst Prozeßpartei geworden ist, auch als selbständiges Rechtssubjekt behandelt werden, und er muß daher ebenso wie aufrechnen auch eine Widerklage erheben können. Daß das praktische Bedürfnis dies verlangt, wird man nicht bestreiten können, und ebensowenig, daß der Wortlaut des § 50 II C.P.O. dieser Auslegung, wenn auch nicht gebietet, so doch ermöglicht.

d) Ob ein Asylverein für Obdachlose bezw. eine Volksküche unter die Ideal- oder die Wirtschaftsvereine zu zählen ist, hängt nicht davon ab, ob ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb stattfindet oder nicht, d. h. ob der Verein, um seinem sozialen und deshalb idealen Zweck zu genügen, einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb entfaltet oder nicht. Allerdings werden solche Vereine, um ihre Aufgabe erfüllen und ihre Ausgaben bestreiten zu können, stets Vermögen erwerben müssen, und zwar nicht nur durch freiwillige Beiträge, sondern auch durch ein, wenn auch nur geringfügiges Äquivalent für seine Leistungen an die Bevölkerung, welche von ihren Veranstaltungen Gebrauch macht, und die Höhe dieses Äquivalents wird durch die Differenz zwischen den freiwilligen Beiträgen einerseits und der Höhe der Aufwendungen anderseits bedingt sein, sodaß es bewirkt, daß Einnahmen und Ausgaben des Vereins bilanzieren und der Verein existenzfähig bleibt. Dadurch scheint mir die Wirtschaftlichkeit des Geschäftsbetriebes gegeben. Aber es läßt sich nicht behaupten, daß der Zweck des Vereins auf den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist; vielmehr ist letzterer ein Mittel zum Zweck und der Zweck des Vereins ist ein idealer, kein wirtschaftlicher. Nun ist allerdings richtig, daß auch bei wirtschaftlichen Vereinen der Geschäftsbetrieb nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck ist — vgl. Samter, D. Juristenzeitung V S. 311, oben S. 30 (Zeitschriftenübersicht) — aber gerade deshalb kann es nicht darauf ankommen, ob überhaupt ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt, sondern ob dieser zur Erreichung eines wirtschaftlichen Vorteils oder zu einem idealen Zwecke erfolgt. Damit stimmen die Protokolle überein

Digitized by Google

(I S. 499, 497). Die II. Kommission entschloß sich für die Beschränkung des Systems der Normativbestimmungen auf die Vereine mit idealen Tendenzen, nicht etwa, weil ein Verein, der einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb hat, wegen der möglichen Gefährdung des Kreditwesens u. s. w. die Rechtsfähigkeit weniger leicht erlangen sollte — so Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. I S. 52 f., wogegen zu bemerken ist, daß für eine Reihe von wirtschaftlichen Vereinen das System der Normativbestimmungen gilt, vgl. auch Leonhard, allg. Teil S. 113 N. 1 — sondern weil durch die Reichsgesetzgebung schon in hinreichendem Maße für Wirtschaftsvereine Vorsorge getroffen sei und deshalb nur wenige Vereine mit solchen Zwecken in Betracht kommen, was ihre Übergehung „umsomehr rechtfertige, als der Versuch, allgemein Normativbestimmungen aufzustellen, bei diesen Vereinen auf Schwierigkeiten stoßen würde." (Pr. I S. 497.) Darüber, daß ein Verein nicht deshalb konzessionsbedürftig sei, weil er zur Erreichung seiner idealen Hauptzwecke ein wirtschaftliches Geschäft betreibe, war man vollkommen einig. Es ist also in dieser Beziehung den beiden oben S. 67 u. 68 abgedruckten Entscheidungen zuzustimmen. Vgl. noch Eneccerus-Lehmann I S. 81, Hölder, Allg. Teil S. 132 ff., Endemann I § 46 N. 1; Matthiaß I § 28 Lit. A. Cosack I § 29 Bem. 2 b; abw. Gareis, allg. Teil, zu § 22 Bem. 1.

Aus der Praxis.

Bei einer Musterung der Pferde auf Kriegsbrauchbarkeit standen die tragende Stute des A. und die blinde Stute des B. neben einander. Da die Stute des B. sich unruhig hin- und herbewegte, schlug sie der Knecht des A., der dessen Stute vorzuführen hatte, mehrmals mit seiner Gerte, um sie von der anderen Stute abzuhalten. Sie schlug infolgedessen aus und traf die Stute des A. so, daß sie am Nachmittag desselben Tages krepierte.

A. klagte gegen B. als Besitzer der blinden Stute auf Ersatz. Das Landgericht und Oberlandesgericht verurteilten. In Frage war namentlich, ob nicht A. für seinen Knecht haften müsse, da er ihn zu einer Verrichtung — Vorführung der geschlagenen Stute — bestellt habe. Das Gericht ließ dahingestellt, ob § 831 überhaupt Anwendung finden könne, da der Schaden dem A. selbst zugefügt worden war, erklärte aber den Einwand des eigenen Verschuldens des A. für unzutreffend, weil durch die Beweisaufnahme festgestellt wurde, daß A. bei Auswahl des Knechtes die nötige Sorgfalt angewandt hatte. (Ausführlicher Mecklenburg. Zeitschr. H. 8.)

Zu dem Falle möchte ich bemerken: Die erste Frage ist, wie überhaupt die Schadensersatzpflicht des A. begründet werden kann. Im

Digitized by Google

Gegensatz zur communis opinio teile ich die Ansicht Bernhöfts (in diesen Beiträgen H. 1 S. 7), daß § 833 G.B. eine willkürliche Handlung des Tieres voraussetzt (vgl. hierher auch Jhering, über das Schuldmoment im röm. Privatrecht, Vermischte Schriften S. 202 f.) und deshalb seine Anwendung auf unsern Fall undenkbar ist.

Nimmt man aber mit den beiden Instanzen und der herrschenden Lehre an, daß § 833 anwendbar ist, so kann die Haftung für den Knecht nicht auf § 831, sondern nur auf die §§ 254/278 gegründet werden.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß § 831 sich nur auf den Delikts- oder Quasideliktsschuldner bezieht, welcher durch den von ihm zu einer Verrichtung Bestellten einem anderen verhaftet wird. Damit § 831 in unserm Falle zur Anwendung kommen könnte, müßte A. als Schuldner der durch die Handlung des Knechtes angeblich begründeten Schadensersatzobligation und nicht als Gläubiger derselben in Betracht kommen. Davon ist hier keine Rede.

Nach § 254 aber liegt die Sache so, daß Kulpakompensation auch gegenüber nicht auf Verschulden beruhenden Schadensersatzforderungen eintritt (Vgl. dazu: Prot. I S. 300, Planck II Bem. 5, Oertmann Bem. 4, Schollmeyer Bem. 1 zu § 254; Cosack I § 91 Z. 7 β. und α.) und daß daher, wenn ein eigenes Verschulden des A. in Betracht käme, Kompensation zulässig wäre.

Dadurch, daß nicht A. selbst, sondern sein Knecht die Stute des B. geschlagen hat, entsteht nun insofern eine Schwierigkeit, als die Verweisung auf § 278 nicht als selbständiger Abs. III dem § 254 angefügt ist, sondern als Satz 2 in den Abs. II gestellt ist. Dies legt die Vermutung nahe, daß die Verweisung nur im Rahmen des Abs. II gelten soll.

Das Ergebnis wäre: Trifft den Beschädigten kein eigenes Verschulden, so tritt gleichwohl Kulpakompensation ein:

a) wenn ein Schuldverhältnis zwischen dem Beschädigten und dem Beschädiger besteht, aus dem sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben die Verpflichtung für den ersteren ergibt, seinen Schuldner — den Beschädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, (§ 254^{II}) und an seiner Stelle ein Angestellter, Bediensteter u. s. w., den der Beschädigte mit der Angelegenheit betraute, die schließlich für den letzteren schädlich ausfiel, dies hätte thun können — § 278 —

b) wenn der mit der fraglichen Angelegenheit Betraute den Schaden hätte abwenden oder mindern können. (Auch in diesen Fällen ist die „entsprechende" Anwendung des § 278 nicht leicht, was damit zusammenhängt, daß § 278 von den Gehilfen eines Schuldners, § 254 von denen eines Gläubigers handelt.)

Ob dies richtig ist, läßt sich aus den Materialien des G.B. nicht entnehmen. E. II § 217 enthielt die Verweisung noch nicht; dagegen ist sie im revidierten Entwurf II § 249 und in der Reichstagsvorlage § 248 enthalten, ohne daß die Protokolle über den Grund der Änderung Aufschluß geben. (Vgl. die autogr. Prot. S. 8407 u.

Digitized by Google

die gedruckte Ausg. VI S. 151.) Es ist aber doch wohl der Grundgedanke nicht zu verkennen, daß sich der, welcher einen Schadensersatzanspruch erheben will, das Verschulden seiner „Leute", die den Schaden mit verschuldet haben, zurechnen lassen muß, wie sein eigenes Verschulden, und das führt dazu, die aus der Stellung der Verweisung Abs. II folgende Beschränkung abzulehnen.

Daher möchte ich annehmen: das Verschulden des Knechtes gilt als Verschulden des A. Aber liegt ein Verschulden vor? Ich will dabei nicht unterlassen, auf die verschiedene Stellung des Knechtes gegenüber A. und B. aufmerksam zu machen. Eine Handlung des Ersteren kann unter Umständen gegenüber dem A. fahrlässig sein, gegenüber dem B. nicht, weil der Knecht in einem Verpflichtungsverhältnis zu A., aber nicht zu B. steht. Die Frage, ob ein Verschulden des Knechtes vorliegt, ist deshalb m. E. nicht ohne weiteres zu bejahen — vgl. auch § 228! — Soferne ein solches aber nach der Sachlage anzunehmen wäre, würde es von großer praktischer Bedeutung sein, daß nicht § 831, sondern §§ 254/278 anzuwenden sind; denn während § 831 Exkulpation zuläßt, ist diese bei § 278 ausgeschlossen.

Binder.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdruckerei), Naumburg a. S.

Digitized by Google

Festschrift

Seiner Königlichen Hoheit dem Prinzregenten

Luitpold von Bayern

zum Achtzigsten Geburtstage

dargebracht von der

Universität Erlangen.

II. Band. Juristische Fakultät.

13½ Bog. 4°. Preis: Mk. 5.—.

Hieraus einzeln:

Geugler, Prof. Dr. Heinrich Gottfried, **Über die deutschen Städteprivilegien des XVI., XVII. und XVIII. Jahrhunderts.** 1 M. 20 Pf.

Sehling, Prof. Dr. Emil, **Zur Lehre von den Willensmängeln im kanonischen Recht.** 1 M.

Kipp, Prof. Dr. Theodor, **Wer kann nach deutschem bürgerlichem Recht mit Vermächtnissen belastet werden?** 1 M. 20 Pf.

Rehm, Prof. Dr. Hermann, **Das landesherrliche Haus, sein Begriff und die Zugehörigkeit zu ihm.** 1 M. 20 Pf.

Alfeld, Prof. Dr. Philipp, **Der bedingte Straferlaß.** 1 M.

Festgabe

für

Heinrich Dernburg

zum Doktor-Jubiläum

überreicht von der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Würzburg.

12½ Bogen. 4°. 4 M. 80 Pf.

Hieraus einzeln:

Burckhard, Prof. Dr. H., **Zu Fragmenta Vaticana 269.** Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. 2 Mk.

Geißer, Prof. Dr. Fr., **Strafprozeßbegründung und Strafklagerhebung bei Erlaß und bei Wegfall eines Eröffnungsbeschlusses.** 2 Mk.

Mayer, Prof. Dr. E., **Hansa und Hasbannus im nordfranzösischen Recht.** 1.60 Mk.

Festgabe der Göttinger Juristenfakultät

für

Rudolf von Jhering

zum Fünfzigsten Doktor-Jubiläum

am 6. August MDCCCXCII.

13¼ Bogen. 4°. 4 Mark 50 Pf.

Hieraus einzeln:

Ehrenberg, Prof. Dr. V., **Die Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten.** 1 Mk. 20 Pf.

Regelsberger, Prof. Dr. F., **Streifzüge im Gebiete des Zivilrechts.** 90 Pf.

Merkel, Prof. Dr. J., **Über die sogenannten Sepulcralmulten.** 1 Mk. 50 Pf.

Frensdorff, Prof. Dr. F., **Die Aufnahme des allgemeinen Wahlrechts in das öffentliche Recht Deutschlands.** 2 Mk.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Wirtschafts- und Verwaltungsstudien

mit

besonderer Berücksichtigung Bayerns.

Herausgegeben von

Dr. Georg Schanz,

Professor in Würzburg.

I. G. Schanz, Zur Geschichte der Kolonisation und Industrie in Franken. (XVIII u. 426 S. Text u. 354 S. Urkunden.) 12 M.

II. L. Hoffmann, Ökonomische Geschichte Bayerns unter Graf Montgelas. 1799—1817. (IV u. 146 S.) 2 M.

III. G. Zoepfl, Fränkische Handelspolitik im Zeitalter der Aufklärung. Mit 2 Karten. (VIII u. 348 S.) 5 M.

IV. A. Köberlin, Der Obermain als Handelsstraße im späteren Mittelalter. (VIII u. 70 S.) 1 Mk. 80 Pf.

V. Wilh. Mayer, Anerben- und Teilungssystem dargelegt an den zwei pfälzischen Gemeinden Gerhardsbrunn und Martinshöhe. Mit 3 Karten. (VIII u. 48 S.) 2 M.

VI. Robert Schachner, Das bayrische Sparkassenwesen. Mit 1 Tabelle. (X u. 132 S.) 3 Mk.

VII. Friedr. Lindner, Die unehelichen Geburten als Sozialphänomen. Ein Beitrag zur Statistik der Bevölkerungsbewegung im Königreich Bayern. Mit 2 Karten. (X u. 238 S.) 4 M. 80 Pf.

VIII. Bruno Kmiotek, Siedelung und Waldwirtschaft im Salzforst. Ein Beitrag zur deutschen Wirtschaftsgeschichte. Mit einer Karte des Salzforstgebiets. (X u. 194 S.) 3 M. 60 Pf.

IX. K. Heil, Die Reichsbank und die bayerische Notenbank in ihrer gegenseitigen Entwicklung in Bayern 1876—1899. Mit 1 Karte. (XII u. 68 S.) 1 M. 60 Pf.

X. Friedrich Müller, Die geschichtliche Entwicklung des landwirtschaftlichen Genossenschaftswesens in Deutschland von 1848/49 bis zur Gegenwart. (XX u. 552 S.) 10 M.

XI. Fr. Lohmann, Die Entwicklung der Lokalbahnen in Bayern. Mit einer Karte. (X u. 238 S.) 6 M. 50 Pf.

XII. A. K. Maier, Der Verband der Glacéhandschuhmacher und verwandten Arbeiter Deutschlands. 1869—1900. (VIII u. 392 S.) 8 M.

XIII. Otto Rustmann, Zur Frage der Mobiliar-Feuerversicherung im Königreiche Bayern. (VIII u. 82 S.) 1 M. 50 Pf.

XIV. Ernst Heubach, Die zukünftige Verkehrsentwicklung auf dem regulierten Main mit besonderer Berücksichtigung der Stadt Würzburg. (X u. 74 S.) 1 M. 80 Pf.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und **Dr. Julius Binder,**
Professoren der Rechte an der Universität Rostock.

---

3. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1902.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die
Lehre von der Stellvertretung
insbesondere bei
obligatorischen Verträgen.

Von
Dr. Siegmund Schloßmann,
Professor der Rechte in Kiel.

Erster Teil:
Kritik der herrschenden Lehren.
Preis: 6 M. 50 Pf.

Zweiter Teil:
Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung.
Preis: 12 M.

Der Kauf
nach gemeinem Recht.

Von
Dr. August Bechmann.

I. Geschichte des Kaufs im Römischen Recht. 12 M.
II. System des Kaufs nach gemeinem Recht. I. Abt. 10 M.

Die
Verfassung des Deutschen Reichs.
Sechs Hochschulvorträge
gehalten zu Rostock im Sommer 1900
von
Dr. Heinrich Gerkken,
Professor der Rechte an der Universität.
2 M. 50 Pf. eleg. kart. 3 M.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und Dr. Julius Binder,
Professoren der Rechte an der Universität Rostock.

---

8. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1902.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

AUG 17 '98

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

XI. Rönnberg, Der Anspruch der Dienstverpflichteten auf Entschädigung für Zeitversäumnis nach dem § 2 der Gebühren-Ordnung für Zeugen und Sachverständige 167

XII. Bunsen, Die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuch in den Jahren 1900 und 1901. (Forts.) 198

XIII. Bernhöft, Zur Frage der Haftpflicht 224

XIV. Sprechsaal 233

Digitized by Google

Digitized by Google

XI.

Der Anspruch der Dienstverpflichteten auf Entschädigung für Zeitversäumnis nach dem § 2 der Gebühren-Ordnung für Zeugen und Sachverständige.

Von

Landgerichtsrat Dr. jur. **W. Rönnberg.**

I.

Der § 616 des B.G.B., nach welchem der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig wird, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird, hat der Theorie und der Praxis schon mancherlei Schwierigkeiten bereitet. Von ganz besonderer Bedeutung ist aber jene Bestimmung für diejenigen Entscheidungen geworden, die wohl täglich zu vielen Hunderten von den deutschen Gerichten erlassen werden, nämlich für die Festsetzung von Zeugengebühren.

Nach § 2 der R.Geb.O. für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 erhält ja der Zeuge eine Entschädigung für die erforderliche Zeitversäumnis, die unter Berücksichtigung des von ihm versäumten Erwerbes zu bemessen ist. Daß der Zeuge nichts bekommt, wenn er keinen Erwerb versäumt hat, wenn ihm durch die Versäumnis kein nachweisbarer[1]) Schade verursacht worden

[1]) Daß hier jetzt § 252 B.G.B. innerhalb der Grenzen des von § 2 Geb.O. bestimmten Höchstbetrages maßgebend ist, bedarf wohl keiner Erörterung.

Digitized by Google

ist, unterliegt wohl keinem Zweifel.[1]) Da nun der als Zeuge geladene Dienstverpflichtete, der infolge der Zeugenladung, also durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden, an der Dienstleistung, und zwar regelmäßig für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, verhindert ist, nach B.G.B. § 616 seinen Anspruch auf die Vergütung behält, so — argumentiert man anscheinend ganz zutreffend — versäumt er keinen Erwerb und hat er mithin keine Entschädigung zu beanspruchen. Ob der Dienstverpflichtete nicht nach Abs. 3 des § 2 G.O. auch in diesen Fällen wenigstens eine Entschädigung von 10 Pfg. für die Stunde Zeitversäumnis zu beanspruchen hat, mag hier dahingestellt bleiben. Von wesentlich praktischer Bedeutung ist die Frage, ob wirklich der Zeuge im Hinblick auf den § 616 B.G.B. einen Anspruch auf Entschädigung für versäumten Erwerb nicht hat. Die Konsequenz, zu der dieser Grundsatz führt, ist offenbar wenig befriedigend. So sympathisch der im § 616 B.G.B. zum Ausdruck gebrachte soziale Gedanke berührt, daß der ohne Verschulden für verhältnismäßig kurze Zeit an der Dienstleistung verhinderte Arbeitnehmer auch für die nicht geleisteten Dienste von dem regelmäßig kapitalkräftigeren Arbeitgeber den Dienstlohn beanspruchen kann, und so logisch auch die Folgerung ist, daß der einen Erwerb nicht versäumende Arbeitnehmer eine Entschädigung für Zeitversäumnis nicht zu fordern hat, so wenig angemessen und sachgemäß und irgend einem berechtigten sozialen oder politischen Prinzip entsprechend erscheint die weitere Konsequenz, daß der Arbeitgeber des als Zeugen geladenen Dienstverpflichteten dem Staate oder einem Privaten die ihnen obliegende Prozeßkostenlast tragen helfen oder, wenn man lieber will, erleichtern soll. Denn darauf läuft doch die uneingeschränkte und nur dem reinen Wortlaut des Gesetzes entsprechende Anwendung des § 616 B.G.B. hinaus. Ist denn wirklich ein Grund vorhanden oder auch nur erdenklich, weshalb der Dienstberechtigte, dessen Arbeiter, Handlungs- oder Gewerbegehilfe in dem Rechtsstreit zweier Privatpersonen oder in einem Strafverfahren als Zeuge vernommen und dadurch auch nur für einige Stunden an seiner Dienstverrichtung verhindert ist, zu Gunsten der Partei, des Angeklagten oder gar des Staates den Verlust zu tragen hat? Die Arbeitskraft ist unter allen Umständen ein ökonomischer Wert, die Entziehung der Arbeitskraft auch nur für einen kleinen Zeitteil bedeutet daher regelmäßig einen ökonomischen Verlust. Ob dieser groß oder winzig ist, ob er

[1]) Vergl. Bd. II S. 128. Meckl. Zschr. für Rechtspflege u. Rechtswissenschaft.

Digitized by Google

in Anbetracht der Vermögensverhältnisse des Arbeitgebers von diesem empfunden wird oder nicht, kann wohl dafür entscheidend sein, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer den Verlust tragen soll; für die Frage aber, ob die den Zeugen in Anspruch nehmende Prozeßpartei oder der Arbeitgeber des Ersteren für den diesem erwachsenden Vermögensnachteil aufkommen soll, ist die Größe oder Empfindlichkeit des Verlustes rechts- und sozialpolitisch völlig irrelevant. Darauf kommt es denn auch positiv-rechtlich nicht an. Übrigens wäre es verkehrt, wollte man sagen, daß es sich für den Dienstberechtigten immer nur um minimale Verluste handle. Der kleine Handwerker, der seinen Gesellen, der Bauer, der seinen einzigen Arbeiter — vielleicht gar in der Saat- oder Erntezeit, wo die Löhne hoch sind — für die besten Stunden des Tages hergeben muß, hat doch gewiß einen empfindlichen Schaden. Oder man denke nur an die oft genug vorkommenden Fälle, wo gleichzeitig eine größere Anzahl Arbeiter eines und desselben Dienstberechtigten den Zeugenraum füllt. Man wird zugeben müssen, daß die hier in Zweifel gezogene Konsequenz geradezu von erheblicher sozialer Bedeutung ist.[1]) Und je tiefer diese aus dem § 616 gezogene Folgerung in das soziale Leben einschneidet, desto gewaltsamer drängt sich die Frage nach ihrer inneren Berechtigung auf. Man hat wohl gesagt, der Arbeitgeber sei *verpflichtet*, den als Zeugen geladenen Arbeitnehmer während der für die Erfüllung der Zeugnispflicht erforderlichen Zeit von der Dienstleistungspflicht zu befreien. Da möchte man denn doch wissen, wo diese Verpflichtung ausgesprochen ist. Im engsten Zusammenhang damit steht die Frage, wem gegenüber die Verpflichtung besteht. Zivilrechtlich dem Arbeitnehmer gegenüber besteht eine solche doch gewiß nicht. Der § 616 B.G.B. ist wenigstens weit entfernt, eine solche zu statuieren, und eine andere Gesetzesbestimmung kommt für diese Frage[2]) nicht in Betracht. Ebenso wenig gibt es im öffentlichen Recht eine Norm, auf welche sich jene Verpflichtung des Dienstberechtigten etwa dem Staate gegenüber gründete. Nur der Zeuge untersteht einem öffentlichrechtlichen Zwang, nicht sein Arbeitgeber. Aber auch wenn eine solche Verpflichtung für den Letzteren bestände, möchte sie privat- oder öffentlichrechtlich sein, so ergäbe sich keineswegs daraus, daß er dadurch in seinem Vermögen eine Einbuße zu erleiden hätte. Im Gegenteil. So gut

[1]) Das beweist auch der Umstand, daß sich schon bedeutendere Tageszeitungen — vergl. Kölnische Zeitung vom 19. April 1900 — der Frage bemächtigt haben.

[2]) Vergl. dagegen für einen anderen Fall § 629 B.G.B.

Digitized by Google

wie der Zeuge, weil er verpflichtet ist, zu erscheinen, schadlos gehalten wird, würde auch der zur Beurlaubung des Zeugen verpflichtete Dienstberechtigte Anspruch auf Entschädigung — also mindestens auf Erstattung desjenigen Lohnes, den er nach § 616 B.G.B. dem Arbeitnehmer-Zeugen nicht vorenthalten dürfte — haben müssen. Eine dementsprechende Vorschrift gibt es aber nicht. Nur der Zeuge hat einen Entschädigungsanspruch gegen den Staat, nicht aber der Dienstberechtigte, der weder direkt noch auch nur indirekt etwa durch die Person des Zeugen hindurch einen Entschädigungsanspruch geltend machen kann. Das berechtigt zweifellos zu dem Rückschluß, daß auch eine publizistische Verpflichtung des Arbeitgebers in der oben gedachten Richtung nicht besteht. Ist das aber richtig und steht weiter fest, daß der Dienstberechtigte Anspruch auf Entschädigung gegen den Staat nicht hat, so kann die Frage nur die sein, ob der Erstere nicht doch von der Dienstlohnzahlung befreit ist, bezw. Ersatz von dem Dienstverpflichteten zu fordern hat — und mithin der Letztere für die ihm so entstandene Erwerbsversäumnis Entschädigung nach Maßgabe der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige zu beanspruchen hat —, und diese Frage beantwortet sich lediglich aus dem zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeiter heraus.

II.

Was zunächst die Frage betrifft, ob der Dienstberechtigte von dem Bediensteten Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm dadurch entsteht, daß der Letztere seinen Dienst während der zur Erfüllung seiner Zeugenpflicht erforderlichen Zeit nicht versieht, so ist dieselbe vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus und bei Unterstellung des Dienstverhältnisses lediglich unter die gesetzlichen Bestimmungen unbedingt und unbedenklich zu verneinen. Denn mangels besonderer Vorschriften für den Dienstvertrag normieren die allgemeinen Bestimmungen der §§ 280, 284 ff., 325 ff. B.G.B., wonach der Dienstverpflichtete zum Schadensersatze nur herangezogen werden kann, wenn er die Unmöglichkeit der Dienstleistung verschuldet oder aus freier Entschließung die Dienstverrichtung unterlassen hat. Das trifft nicht zu, wenn er die Dienste deshalb nicht leisten kann, weil er der gerichtlichen Zeugenladung, die er regelmäßig nicht verschuldet hat, Folge leisten muß. Er ist daher auch weder für eine Vertretung zu sorgen noch die Kosten eines

Digitized by Google

Vertreters zu erstatten verpflichtet. Auf demselben Standpunkt steht das bisherige gemeine Recht. Hierüber sprechen sich zwei Entscheidungen des O.L.G. zu Rostock aus. In einem ungedruckten Beschluß vom 9. Okt. 85 heißt es u. a.:

„Denn die Entschädigung eines Zeugen für Zeitversäumnis, welche hier allein in Frage steht, soll regelmäßig, unter Berücksichtigung des vom Zeugen versäumten Erwerbes bemessen werden und begreift keinen Falles eine Vergütung für Benachteiligungen in sich, die ihm aus Veranlassung seiner gerichtlichen Vorladung als Zeuge von seinem dienstlich Vorgesetzten rechtswidrig zugefügt worden. Als ein rechtswidriger muß aber der Abzug bezeichnet werden, den die Direktion der Mk.Fr.Fr.Bahn ihm von seinem Gehalte gemacht. Dieser Abzug ist nämlich von dem Standpunkte aus berechnet worden, als sei ein der gedachten Direktion unterstellter Beamter, wenn derselbe einer gerichtlichen Vorladung als Zeuge folgen müsse und dadurch an der Ausrichtung seiner dienstlichen Obliegenheiten verhindert werde, verpflichtet, auf seine Kosten einen qualifizierten Vertreter zu stellen und herbeizuschaffen. — — — Indessen . . . ist der Gesichtspunkt, als ob der Beschwerdeführer seinen Prinzipal wegen versäumter Dienstleistung schadlos halten müsse, ein zweifellos unrichtiger Von einer solchen Entschädigungspflicht kann nur die Rede sein bei Versäumnissen, die auf einen freien Entschluß oder auf ein Verschulden des Dienstpflichtigen zurückgeführt werden können. Ein solcher Fall ist aber nicht gegeben, wenn der Dienende einer gerichtlichen Vorladung als Zeuge folgen muß."

Ähnlich heißt es in einem Beschluß vom 27. Juni 1890:[1])

„Denn eine Entschädigung für Zeitversäumnis kann in Gemäßheit des § 2 der Gebühren-Ordnung für Zeugen und Sachverständige dem in einem festen Dienstverhältnis stehenden Zeugen nur unter der Voraussetzung gewährt werden, daß derselbe auf Grund seines Dienstverhältnisses verpflichtet ist, auch diejenigen Kosten, welche durch eine vorübergehende, unverschuldete Verhinderung an der Versehung seines Dienstes verursacht werden, wie sie die Befolgung einer gerichtlichen Zeugenordnung mit sich bringt, seinem Dienstherrn zu ersetzen. Eine derartige Verpflichtung des Be-

[1]) Vergl. M. Z. B. XI S. 270 f.

Digitized by Google

schwerdeführers ergibt sich aber aus dem zwischen ihm und der M. Südbahn bestehenden Kontraktsverhältnis noch nicht ohne weiteres von selbst, . . . vielmehr ist in Ermangelung besonderer Vereinbarungen nach dem bestehenden Rechte davon auszugehen, daß derartige geringfügige Behinderungen des Bediensteten, auch wenn sie dem Dienstherrn Kosten verursachen, den Letzteren dennoch nicht berechtigen, demselben diese Kosten von seinem Gehalt in Abzug zu bringen."

Wenn die letztere Entscheidung darauf Gewicht legt, daß die Behinderung des Bediensteten eine nur vorübergehende und geringfügige sei, so geht sie offenbar fehl, indem sie die Frage, ob der Dienstherr Anspruch auf Erstattung der Kosten hat, die ihm durch die Arbeitsversäumnis seines Bediensteten erwachsen, verwechselt mit der Frage, ob er auch für die nichtverrichteten Dienste den Dienstlohn zu zahlen hat. Nur für letztere Frage könnte die Geringfügigkeit der Versäumnis in Betracht kommen. Im Resultat aber stimmt jedenfalls auch die zweite Entscheidung mit der hier vertretenen Ansicht überein. Wie steht es nun mit der ebendort angedeuteten Möglichkeit, eine Entschädigungspflicht des Bediensteten und einen ihr entsprechenden Entschädigungsanspruch desselben gemäß § 2 der Geb.O. für Z. u. S. durch besondere Vereinbarung herbeizuführen?

Daß eine solche Vertragsbestimmung gültig und unter den Kontrahenten des Dienstvertrages wirksam ist, sollte man in Anbetracht des das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Prinzips der Vertragsfreiheit nicht mit Grund bezweifeln können. Im Zusammenhang hiermit steht indes die Frage, ob die Bestimmung des § 616 B.G.B. durch Parteiwillkür beseitigt werden kann, ob sie also zwingenden Charakters oder Dispositivvorschrift ist. Denn wenn eine die Ausnahme von der Regel des § 323 B.G.B. beseitigende Vereinbarung, wonach der Dienstberechtigte bei teilweiser vom Dienstpflichtigen nicht verschuldeter Unmöglichkeit der Dienstleistung den entsprechenden Teil des Dienstlohns einbehalten darf, unwirksam ist, so muß erst recht eine Vereinbarung hinfällig sein, die ihm noch mehr, Ersatz des vom Dienstpflichtigen unverschuldet verursachten Schadens, gewährleistet. Die Frage wird deshalb angemessen bereits hier erörtert.

In der Praxis hört man bisweilen die dispositive Natur des § 616 B.G.B. verneinen; gerade in dem zwingenden Charakter der in § 616 B.G.B. enthaltenen Vorschrift liege die einzige Abweichung

Digitized by Google

von dem im übrigen dem § 616 entsprechenden gemeinen[1]) Recht. Diese Auffassung von dem Charakter jener Bestimmung muß als eine irrige bezeichnet werden. Denn einerseits widerspricht ihr die Vorschrift des § 619 B.G.B., insofern diese nur den in den §§ 617 u. 618 zum Schutze des Dienstverpflichteten gegebenen Bestimmungen einen zwingenden Charakter beilegt, der, ursprünglich von der zweiten Kommission nur für den jetzigen § 618 Abs. 1 beschlossen,[2]) demnächst von der R.T.K. auf den jetzigen § 617 ausgedehnt worden ist. Anderseits spricht für den dispositiven Charakter des § 616 die Analogie des § 63 des H.G.B., der um so mehr hier herangezogen werden kann, als der entsprechende Art. 60 des alten H.G.B. nach den Motiven B. 2 S. 463 für die Vorschrift des § 562 des E. I, jetzigen § 616 Satz 1, vorbildlich gewesen ist. Nach der Fassung des § 63 H.G.B., der nur dem in Absatz 2 ausgesprochenen Verbot der Anrechnung von Kassenbeträgen auf das für die Zeit der Behinderung entfallende Gehalt des Handlungsgehülfen zwingenden Charakter beilegt, kann es nun gar keinem Zweifel unterliegen, daß die dem § 616 Satz 1 entsprechende Vorschrift des § 63 Absatz 1 eine rein dispositive ist.

Muß hiernach angenommen werden, daß Parteiwillkür die Verpflichtung des Dienstberechtigten nach § 616 B.G.B. aufheben kann,[3]) so hindert nichts, einen Schritt weiter zu gehen und eine Vereinbarung, nach welcher der Dienstverpflichtete in den vom § 616 betroffenen Fällen dem Dienstherrn den ihm aus der Verhinderung an der Dienstleistung erwachsenen Schaden zu ersetzen bezw. einen Vertreter auf seine Kosten zu bestellen hat, für zulässig und wirksam zu erklären.

Eine andere Frage ist aber, ob der als Zeuge geladene Dienstverpflichtete den Betrag, den er solcher Vereinbarung gemäß der anderen Vertragspartei oder seinem ihr gestellten Vertreter zu zahlen hat, nach der Geb.O. f. Z. u. S. ersetzt verlangen kann. Die Entscheidung hängt davon ab, ob man den Ersatz solcher Kosten als Entschädigung für Zeitversäumnis qualifizieren darf. Man möchte zunächst geneigt sein, die Zahlung der Entschädigungs- und Vertretergelder als eine Aufwendung zu betrachten, die zwar durch

[1]) Vergl. hierüber unten S. 177 ff.

[2]) Vergl. B. 2 der im Auftrage des R.-J.-A's. bearbeiteten Protokolle S. 290, 294.

[3]) Vergl. auch die Kommentare von Planck Note 4 und Neumann Note 1 zu § 616.

Digitized by Google

die Zeugenladung notwendig geworden, deren Erstattung der Zeuge aber ebensowenig verlangen kann wie den Ersatz der Kosten für Anschaffung etwa eines Rockes, dessen er, um zum Gericht zu gehen, notwendig bedurfte, oder der Kosten einer Wärterin, welche die als Zeugin geladene Mutter zur Beaufsichtigung ihres Kindes während der Zeit ihrer Abwesenheit zur Erfüllung der Zeugnispflicht engagieren müßte. Wenn die Praxis vielfach gerade Kosten der letzteren Art anstandslos bewilligt, so entspricht das wohl der Billigkeit und dem natürlichen Rechtsgefühl, nicht aber dem positiven Recht, das die Erstattung solcher Kosten unbedingt versagt. Aber nicht auf der gleichen Stufe stehen die Kosten, die die Zeugnispflicht dem Arbeitnehmer auf Grund einer Vereinbarung mit seinem Dienstherrn verursacht. Hier handelt es sich thatsächlich um eine Entschädigung für Zeitversäumnis, um den Ersatz dessen, was der Zeuge dadurch verliert, daß er seinem Erwerbe nicht hat nachgehen können, um einen Ersatz also, der ihm nach § 2 der Geb.O. zu teil werden muß. Und doch wird man hier noch eine Unterscheidung machen müssen. Oder ist die Entschädigung auch dann zu gewähren, wenn der Zeuge etwa erst nach Empfang der Zeugenladung mit seinem Dienstgeber freiwillig und ohne Not vereinbart hat, ihm einen Vertreter zu bestellen bezw. den durch die Arbeitsversäumnis entstehenden Schaden zu ersetzen? Ich glaube nicht, daß man verpflichtet ist, diese Konsequenz zu ziehen. Die Gültigkeit solcher Vereinbarung und ihre Wirksamkeit zwischen den Kontrahenten wird man, soweit nicht § 138 B.G.B. eingreift, nicht bezweifeln können. Aber einen Anspruch auf Erstattung dieser Kosten, auf Entschädigung für diesen Erwerbsverlust, hat der Zeuge nach § 2 der G.O. um deswillen nicht, weil hier zwar der freie Kausalzusammenhang zwischen der Erfüllung der Zeugnispflicht und der Erwerbsversäumnis gegeben ist, letzterer aber ohne das Hinzutreten der auf freier Entschließung beruhenden Vereinbarung durch die Erfüllung der Zeugnispflicht nicht verursacht worden wäre. Allerdings ist das ja nach dem früher Dargestellten allemal der Fall: ohne besondere Vereinbarung hat der Dienstherr keinen Anspruch auf Erstattung der Vertretungskosten, der Dienstverpflichtete also nicht diese Ausgabe. Für Letztere, also für die Erwerbsversäumnis, sind eben beide Momente, die Erfüllung der Zeugnispflicht und die Vereinbarung, zusammen kausal; und insofern die Wirkung nicht ohne diese oder jene eingetreten wäre, ist eben jedes der beiden Momente kausal für den Erfolg, und man kann deshalb, auch wenn die Vereinbarung erst

Digitized by Google

nach erfolgter Zeugenladung getroffen wurde, nicht etwa von einer durch die Vereinbarung herbeigeführten Unterbrechung des Kausalzusammenhangs reden, weil einmal nicht die Zeugenladung, sondern die — spätere — Erfüllung der Zeugnispflicht die Kausalität begründet, sodann aber die Herbeiführung des Erfolges, der Erwerbsversäumnis, durch die Vereinbarung nicht beeinträchtigt oder gestört, sondern umgekehrt erst verwirklicht wird. Ist nun auch allemal die nach öffentlichem Recht von dem Dienstverpflichteten geforderte Erfüllung der Zeugnispflicht kausal für den ihm entstandenen Erwerbsverlust, so hat er doch nicht unbeschränkt Anspruch auf Erstattung. Es kann ja immerhin, da es sich um eine öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht handelt, zweifelhaft sein, ob auf dieselbe die Grundsätze des B.G.B. unmittelbare Anwendung finden. Daß aber Rechtssätze, die — weil auf einem allgemein anerkannten Rechtsprinzip beruhend — allgemeinere Bedeutung beanspruchen, auch hier mindestens analog anwendbar sind, wird man nicht bezweifeln können. Zu solchen Rechtssätzen gehört aber die hier einschlägige Vorschrift des § 254 des B.G.B., der durch Aufstellung eines allgemein gültigen Prinzips zu Konsequenzen führt, zu denen im großen und ganzen auch das bisherige Recht gelangte — nur vielfach auf einem falschen Wege indem man, wie noch recht deutlich das der Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 29 S. 120 ff. zu Grunde liegende Berufungsurteil beweist, anstatt des subjektiven Verschuldens des zum Erfolge mitwirkenden Beschädigten mit einer der Logik ins Gesicht schlagenden Unterbrechung des objektiven Kausalzusammenhangs operierte.

Zu der Entstehung des Schadens, der Erwerbsversäumnis, haben nun, wie § 254 B.G.B. voraussetzt, zwei Faktoren zusammengewirkt: die Erfüllung der Zeugnispflicht und die auf Schadensersatz bezw. Vertreterbestellung gerichtete Vereinbarung zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstverpflichteten — eine Handlung des in seinem Erwerbe beschädigten Zeugen. Die beiden Faktoren begründen an sich nach § 2 der G.O. seinen Entschädigungsanspruch, doch hat er einen solchen nach § 254 B.G.B. dann nicht, wenn objektiv der Schaden vorwiegend durch seine eigene Handlung, die Vereinbarung, verursacht worden ist, und zugleich subjektiv auf sein Verschulden zurückzuführen ist. Daß der Schaden vorwiegend durch die Vereinbarung verursacht worden ist, wird man unbedenklich annehmen dürfen. Doch ist das nicht einmal erforderlich zur

Digitized by Google

Ausschließung seines Entschädigungsanspruchs,[1]) da das objektive Übergewicht der eigenen Handlung des Beschädigten unter den kausalen Faktoren nur „insbesondere" für die Entscheidung des Richters leitend sein soll. Es kommt also wesentlich auf die Frage an, ob ein Verschulden des Beschädigten vorliegt und worin die Rechtspflichtverletzung zu finden ist. Ich glaube, man kann in dieser Beziehung als leitenden Grundsatz aufstellen: den Dienstverpflichteten trifft stets dann ein Verschulden, wenn er arglistig oder auch nur wider Treu und Glauben die Vereinbarung mit dem Dienstherrn getroffen hat. Das dem § 826 B.G.B. zu Grunde liegende Rechtsprinzip bietet hierzu die Handhabe. In vielen Fällen wird dann schon wegen Nichtigkeit der Vereinbarung auf Grund des § 138 B.G.B. und mithin mangels einer Erwerbsversäumnis des Zeugen ein Entschädigungsanspruch nicht begründet sein. Im übrigen ist, meine ich, jenes Prinzip so einfach, daß es einer näheren Erörterung nicht bedarf. Die Zeit des Abschlusses der Vereinbarung ist hiernach nicht unmittelbar ausschlaggebend für die Frage, ob der Zeuge Erstattung der aufgewendeten Vertretungskosten verlangen kann, wohl aber wird sie vielfach mittelbar dafür in Betracht kommen, ob die Vereinbarung wider Treu und Glauben verstößt oder nicht. So ist ein Verschulden regelmäßig dann nicht anzunehmen, wenn die Vereinbarung schon bei der Anstellung getroffen wird, insbesondere wenn sie eine generelle ist, und nicht im Hinblick auf eine schon erfolgte oder auch nur vorausgesehene Zeugenladung abgeschlossen wird. Aber auch dann läge ein Verschulden nicht vor, wenn der etwa schon im Besitz der Ladung befindliche Dienstverpflichtete auf Verlangen seines Dienstherrn und in der begründeten Furcht, bei Weigerung seine gute Stelle zu verlieren, einen Vertreter zu bestellen oder Schadensersatz zu leisten sich verpflichtete. Auch hier kommt es in allen Fällen darauf an, daß der Richter der Auffassung der Lebensverhältnisse gerecht wird.

III.

Im vorhergehenden wurde nur die Frage behandelt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Dienstherr Anspruch auf Erstattung des ihm durch die Erfüllung der Zeugnispflicht seitens

[1]) Anders v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen (1902) S. 86 f.

Digitized by Google

des Dienstverpflichteten erwachsenen Schadens gegen den Letzteren habe, und ob der Zeuge seinerseits Entschädigung für den ihm durch solche Erstattungspflicht erwachsenen Erwerbsverlust verlangen könne. Noch wichtiger ist die andere oben gestellte Frage, ob der Dienstherr den verhältnismäßigen Lohn für die Zeit der Dienstbehinderung einbehalten und der Zeuge Erstattung dieses Betrages begehren kann. Daß diejenigen, welche nach dem § 616 B.G.B. im allgemeinen zur Verneinung des Lohnabzugsrechts gelangen, dasselbe doch für den Fall bejahen müssen, daß zwischen den Dienstvertragskontrahenten eine bezügliche Vereinbarung getroffen ist, wurde bereits oben dargethan. Weiter wird man nach den letzten Ausführungen anerkennen müssen, daß einerseits solche zulässige Vereinbarung zur Erstattung nach § 2 R.Geb.O. für Zeugen und Sachverständige führt, daß anderseits jedoch auch hier dieselbe Beschränkung gelten muß, wie sie hinsichtlich der Erstattung des Entschädigungsbetrages und der Vertretungskosten statuiert wurde. Auf diesem Standpunkte steht auch eine neuerliche z. Z. noch ungedruckte Entscheidung[1]) des O.L.G. zu Rostock vom 17. Sept. 1901, welche mit Recht anscheinend auch darauf Gewicht legt, daß die „Abweichung" von der Vorschrift des § 616 B.G.B. von vornherein vereinbart worden war. In dem Beschlusse, der auch in anderer Beziehung von Bedeutung ist, heißt es:

> „Nach der . . . Auskunft der Großh. General-Eisenbahndirektion wird . . . nach den bestehenden Grundsätzen den Stationsarbeitern der Lohn für die versäumte Arbeitszeit dann nicht gezahlt, wenn infolge ihrer Arbeitsversäumnis die Stellung eines Vertreters und demgemäß die Zahlung von Vertretungskosten erforderlich geworden ist.
>
> Wenn auch eine derartige Bestimmung nicht in den schriftlichen Dienstvertrag aufgenommen ist, so handelt es sich doch nach der erwähnten Auskunft um eine bei der Dienstherrschaft unbeanstandet stattfindende Übung, welcher sich, wie nach Lage der Sache anzunehmen ist, der Beschwerdeführer schon durch den Akt seines Eintritts in den Dienst unterworfen hat. Hiernach ist bei dem in Frage stehenden Dienstverhältnis zulässigerweise von vornherein eine Abweichung von der Vorschrift des § 616 B.G.B., vereinbart worden. . . . Aus diesem Grunde mußte ihm . . . der liquidierte Betrag von 1,60 M. zugebilligt werden."

[1]) Während der Drucklegung dieser Arbeit publiziert in M. Z. B. 20 S. 72.

Digitized by Google

Eine Vereinbarung wie diejenige, von der hier die Rede ist, wird in den seltensten Fällen getroffen.[1]) Von weit größerem Interesse ist deshalb die oben aufgeworfene Frage für alle diejenigen Fälle, wo die Vertragskontrahenten eine Abweichung von der Vorschrift des § 616 B.G.B. nicht vereinbart haben.

Es wird vielfach, wie auch von den Motiven B. II S. 464 bezeugt wird, behauptet, daß schon nach gemeinem Recht eine unbedeutende Verhinderung oder Unterbrechung der Dienstleistung infolge eines in der Person des Dienstverpflichteten eingetretenen Zufalles den conductor nicht zu einem Abzuge berechtigte. Bekannt ist ja, daß eine Reihe gemeinrechtlicher Schriftsteller, wie Mühlenbruch (Pand. § 365), v. Madai (Die Lehre von der mora, S. 285) und besonders Fuchs (im Archiv f. d. zivil. Praxis B. 34 S. 403 ff.) u. A. für die loc. cond. operarum wie für alle Obligationen auf ein Thun den Grundsatz aufstellen, daß — wie bei der emtio der Käufer — der Gläubiger die Gefahr trage, sofern nur ohne Verschulden des Verpflichteten die Erfüllung unmöglich werde. Diese Auffassung, die aus der l. 19 § 9 u. 10 D. loc. cond. (19, 2), aus der l. 38, eod. und besonders aus l. 1 § 13 D. de extraord. cogn. (50, 13) hergeleitet wurde, ist von Mommsen (Beiträge I S. 354 ff., vergl. auch S. 383 ff.) selbst ohne Heranziehung der ihr widersprechenden l. 15 § 6 D. 19, 2, die er mit Recht nicht von der loc. c. operarum sondern operis (a. a. O. S. 355 und 383) versteht, so gründlich widerlegt worden, und hat auch sonst in der Theorie, besonders bei v. Vangerow (Pand. III S. 215), Sintenis (Zivilrecht II § 118 S. 679), Keller (Pand. II § 339), Wendt (Pand. § 260), Windscheid (Pand. II § 401), Dernburg (Pand. II § 112, N. 8) einen so allgemeinen Widerspruch gefunden, daß sie, nachdem auch die Praxis (vergl. Seuff. Archiv VI Nr. 31), insbesondere das Reichsgericht in der ausführlich begründeten Entscheidung in B. 3 S. 179 ff., sie reprobiert hat, als

[1]) Nur größere Institute haben in letzter Zeit gerade mit Rücksicht auf die Auslegung des § 616 B.G.B. angefangen, solche Bestimmungen in die Kontrakte aufzunehmen. Vergl. Kölnische Zeitung vom 19. April 1900: „Gegenüber dem bekannten Vorgehen einzelner Gerichte haben sich neuerdings zahlreiche Bergwerksverwaltungen und Hüttenwerke veranlaßt gefunden, durch Nachträge zu den Arbeitsordnungen die Anwendung des im § 616 ausgesprochenen Grundsatzes auf ihre Leute ausdrücklich auszuschließen . . .“ Man sieht daraus, von wie weittragender praktischer Bedeutung die richtige Auslegung der Vorschrift des § 616 B.G.B. ist.

Digitized by Google

abgethan gelten kann und weiterer Widerlegung nicht bedarf. Hiernach ist für das gemeine Recht davon auszugehen, daß der Dienstverpflichtete, der durch einen in seiner Person liegenden Zufall an der Dienstleistung verhindert ist, Anspruch auf Lohn für die nicht geleisteten Dienste nicht erheben kann, und es fragt sich jetzt nur, ob jede Behinderung dieser Art, auch die geringfügigste, hierfür in Betracht kommt und den Anspruch des locator auf die Gegenleistung schmälert. Diese Frage ist, wie bereits erwähnt, vielfach verneint, so u. a. auch von Mommsen.

„Hierbei sind jedoch," heißt es in den Beiträgen I S. 363 N. 12, „immer zugleich die besonderen Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen. So wird z. B., wenn ein Dienstvertrag auf längere Zeit abgeschlossen, und der Lohn nicht nach den einzelnen Arbeitstagen, sondern nach größeren Zeitabschnitten bestimmt ist, nicht selten anzunehmen sein, daß die Kontrahenten solche kürzere Unterbrechungen, wie sie während einer längeren Zeit fast immer vorkommen, bereits bei der Feststellung des Lohnes berücksichtigt haben, so daß ein Abzug wegen derselben nicht gemacht werden darf."

An der Richtigkeit dieses Satzes ist nicht zu zweifeln; haben die Kontrahenten verabredet, daß geringfügige Behinderungen nicht in Betracht kommen sollen, so behält natürlich der Dienstverpflichtete den Anspruch auf den vollen Lohn. Ob dies aber in der Absicht der Kontrahenten lag, ist in letzter Linie Auslegungsfrage, und so entscheidet denn auch die Auslegung des Vertrags darüber, ob für alle oder nur für gewisse und bezw. für welche Ursachen geringfügiger Behinderung aus der Person des Dienstverpflichteten jener Wille der Kontrahenten anzunehmen ist. Ganz gewiß wird man aber behaupten können, daß es stets den Dienstvertragsparteien durchaus fernliegt, einen Abzug für Unterbrechungen, die durch Erfüllung der Zeugnispflicht seitens des Dienstverpflichteten hervorgerufen sind, auszuschließen, und das um so mehr, als ja auch dieser selbst nicht das mindeste Interesse daran hat, eine solche Vereinbarung zu treffen, da er ja, wenn ohne dieselbe der conductor doch zum Abzug berechtigt ist, Ersatz aus der Staatskasse erhält.

Mit der Mommsenschen Auffassung kommen wir also nicht weiter. Es kann sich nur darum handeln, ob ohne Rücksicht auf den wirklichen oder vermuteten Willen der Kontrahenten der Abzug ausgeschlossen ist. Dies anscheinend will Sintenis [1]) (Civ.R. Bd. II

[1]) Ebenso Glück Pand. XVII S. 366 unter Berufung auf dieselbe l. 27 pr.

Digitized by Google

S. 679) bejahen, wenn er schreibt: „Eine unbedeutende Verhinderung oder Unterbrechung der Dienste auf Seiten des Vermieters berechtigt den Mieter zu keinem Abzug." Er beruft sich hierfür auf die l. 27 pr. D. 19, 2.

> Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem Dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet.

Aber diese Stelle gibt ebensowenig, wie die sonst vielfach zur Begründung derselben Ansicht angezogene l. 24 § 4 eod.

> Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionem nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest.

auch nur das Mindeste her — nicht etwa, weil beide sich auf die loc. cond. rerum beziehen; denn man wird unbeanstandet sagen können, daß, was in der hier fraglichen Beziehung von der Sachmiete gilt, auch für die Dienstmiete zutrifft. Aber jene beiden Stellen, die allerdings einen Abzug von dem Mietspreis untersagen, beweisen auch für die Sachmiete nicht, was für diese und die Dienstmiete durch sie bewiesen werden soll, daß nämlich jede geringfügige Vorenthaltung des Gebrauchs der Sache bezw. der Dienste unbeachtlich sei. Die l. 24 § 4 cit. wie die l. 27 pr.

Digitized by Google

gehen augenscheinlich davon aus, daß die Vorenthaltung des Gebrauchs ein wirtschaftliches, ein pekuniäres Interesse für den Mieter überhaupt nicht hatte. Die letztere Stelle handelt von der Wohnungsmiete, die erstere von der Pacht, und es ist bezeichnend, daß die Behinderung des Gebrauchs, von der in den Stellen die Rede ist, in beiden Fällen eine ganz verschiedene ist. In der l. 27 pr. besteht sie darin, daß die Mieter paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur. Diese ganz geringfügige Unbequemlichkeit ohne Aufhebung des Gebrauchs der Wohnung ist für die Mieter ohne jede wirtschaftliche Bedeutung und kann deshalb zu einem Abzug, der gar nicht in Geld geschätzt werden könnte, nicht berechtigen. In der l. 24 § 4 ist dagegen allerdings der colonus für wenige Tage ganz an der Fruchtziehung gehindert. Aber eine Verminderung des Fruchterwerbs, für dessen Gewährung bei der Pacht ja die pensio gezahlt wird, findet hier gar nicht statt; denn Paulus geht davon aus, daß deinde (dominus) paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, so daß es sich lediglich um eine paucorum dierum mora handelt, die für den Pächter ohne geldwertes Interesse und mithin zu einem Abzug nicht berechtigt. Ganz gewiß würde im ersten Fall Alfenus, wie dies auch von ihm angedeutet wird, nicht so entschieden haben, wenn infolge der Reparatur die Wohnungsmieter, wenn auch nur für wenige Tage, die ganze Wohnung überhaupt nicht hätten benutzen können, und ebenso im zweiten Fall Paulus, wenn es sich nicht um die Pachtung eines Grundstücks, sondern etwa einer Milchkuh gehandelt hätte, bei deren Vorenthaltung auch nur für wenige Tage der Pächter eine positive Einbuße in der Nutzung gehabt haben würde. In der That ist ja auch kein erkennbarer Grund vorhanden, weshalb nicht auch ein geringfügiger Ausfall der Nutzung ebenso wie die erheblichste Gebrauchshinderung zu einem verhältnismäßigen Abzug vom Äquivalent führen sollte.

So wenig nun nach den obigen Stellen der Satz richtig ist, daß bei Geringfügigkeit der Vorenthaltung oder Behinderung des Sachgebrauchs der prinzipiell gestattete verhältnismäßige Abzug ausgeschlossen sei, so wenig gilt dies gemeinrechtlich auch bei der Dienstmiete. Auch hier ist nur insoweit eine Kürzung des Dienstlohns nicht gerechtfertigt, als die Behinderung oder Unterbrechung der Dienste die Entziehung einer vermögenswerten Leistung gar nicht in sich schließt, also auch gar nicht verhältnismäßig schätzbar ist. Ob dies zutrifft, kann im einzelnen Fall außer-

Digitized by Google

ordentlich zweifelhaft sein und hängt einerseits von der Art der Dienstleistung, anderseits von den besonderen Verhältnissen ab. Das aber steht fest, werden die dem Dienstpflichtigen obliegenden Dienstleistungen trotz der zeitweisen Behinderung doch verrichtet, so liegt regelmäßig die Entziehung einer vermögenswerten Leistung nicht vor, und eine Minderung des Dienstlohns ist ausgeschlossen. Kann etwa der am Vormittag behinderte Dienstbote die ihm sonst für diese Zeit obliegenden Dienste noch nach Beendigung der Unterbrechung verrichten, indem er vielleicht so viel schneller oder so viel länger arbeitet, so sind dem anderen Kontrahenten Dienste nicht entzogen und es kommt wie in der l. 24 § 4 D. 19, 2 nur auf eine geringfügige mora hinaus, die regelmäßig wie dort ohne wirtschaftliche Bedeutung ist. Ähnlich liegt es in den vielen Fällen, in denen aus Gefälligkeit oder weil es ein für allemal im Dienstvertrag vorgesehen ist, ein anderer Bediensteter die Arbeit des für kurze Zeit Behinderten mitverrichtet. Hier werden ebenso, wie wenn der Verpflichtete dem Dienstherrn einen von diesem angenommenen Vertreter bestellt, thatsächlich die Dienste geleistet und ist deshalb Veranlassung zu einem Lohnabzug nicht gegeben.

Weniger zweifellos ist die Entscheidung, wenn die operae infolge der Behinderung des Verpflichteten überhaupt nicht, auch nicht von einem Vertreter, verrichtet werden. Man muß hier zunächst nach der Art der Dienste unterscheiden. Daß solche, die in einer schaffenden Thätigkeit bestehen, einer anderen Beurteilung unterliegen müssen als z. B. die in einer Haushaltung geleisteten Dienste, versteht sich wohl von selbst. Denn die Nichtleistung der ersteren verringert direkt das Vermögen des Berechtigten, so daß ihm stets ein verhältnismäßiger Lohnabzug zustehen muß, mag auch die Behinderung nur gering sein. Nicht immer so steht es mit einer kurzen Unterbrechung der Arbeit eines gewöhnlichen Dienstboten. Wird nicht für anderweite Hilfe gesorgt, so muß regelmäßig der Dienstberechtigte selber die jenem obliegenden Dienste verrichten. Auch hier wird man meistens die Lohnminderung versagen müssen. Denn wenn man auch Bedenken haben mag, hier mit einer Vertretung des locator durch den conductor selbst zu operieren, was immerhin juristisch nicht undenkbar wäre, so ist doch wiederum der Grund durchschlagend, daß die Entziehung der Dienstleistung in den weitaus meisten Fällen solcher Art für den Dienstberechtigten ohne wirtschaftliches Interesse ist, und für diesen nur eine geringfügige Unbequemlichkeit bedeutet, die nach der l. 27 pr. D. 19, 2

Digitized by Google

unbeachtlich ist. So wird regelmäßig niemand der Dienstherrin, die für ihre behinderte Köchin einmal selbst die Küche versehen muß oder an Stelle des Kindermädchens selbst die Kleinen wartet, einen Abzug vom Lohn gestatten. Einen ganz anderen Charakter erhält aber die Dienstbehinderung, wenn die Dienstherrin infolge der Verrichtung jener Dienste in ihrem Erwerbe etwas versäumt. Hier liegt kein Grund vor, ihr den verhältnismäßigen Abzug zu versagen. Dasselbe gilt, wenn der Dienstberechtigte sich an Stelle des behinderten Verpflichteten einen Ersatzmann genommen hat. Denn eben dadurch wird den entzogenen Diensten der vermögenswerte Charakter gewahrt. Hierbei ist es denn auch völlig irrelevant, ob die dem Behinderten obliegenden Dienste von einem anderen Dienstboten desselben Berechtigten unentgeltlich oder vom Dienstherrn selbst verrichtet werden konnten, da eine Verpflichtung des Dienstberechtigten weder zur Selbstleistung noch zur Verwendung des einen Bediensteten an Stelle und zu Gunsten des anderen anerkannt werden kann. Anders verhält es sich natürlich, wenn der behinderte Dienstverpflichtete selber dem conductor einen passenden Vertreter zu stellen bereit ist Daß er hierzu als berechtigt erachtet werden muß, ergeben die Grundsätze der bona fides und deuten außerdem die Bestimmungen über die loc. cond. rei (z. B. l. 60 pr. D. 19,2) an. Nimmt der conductor diese Dienste nicht an, sondern mietet er seinerseits einen Ersatzmann, so steht ihm ein Abzugsrecht nicht zu, da nunmehr die Dienstleistung nicht infolge eines in der Person des Vermieters liegenden Zufalls unterbleibt, vielmehr — vergl. insbesondere l. 38 D. 19,2 — per eum non stetit quominus operas praestet.

Nach dem uns zur Verfügung stehenden Quellenmaterial kann also keineswegs es als gemeinrechtlicher Grundsatz anerkannt werden, daß bei der loc. c. operarum eine geringfügige Behinderung der Dienstleistung eben wegen ihrer Geringfügigkeit den prinzipiell zugelassenen verhältnismäßigen Abzug vom Dienstlohn ausschließe. Nur das ergibt die Analogie der Sachmiete in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der b. f. und der Natur der Sache, daß wenn und soweit die Unterbrechung der Dienstleistung — nicht von nur geringer sondern — überhaupt nicht von vermögenswerter Bedeutung ist, zu einer Kürzung der Gegenleistung keine Veranlassung und also kein Recht gegeben ist. Nur insoweit war deshalb auch eine Entschädigung aus § 2 G.O. für Zeugen und Sachverständige ausgeschlossen. Weiter ist auch die Praxis der Gerichte unter dem

Digitized by Google

gemeinen Recht gar nicht gegangen.[1]) Wenn zwar auch damals schon besonders den Dienstboten meistens eine Entschädigung für Zeitversäumnis nicht gewährt wurde, so handelte es sich dabei regelmäßig um solche Bedienstete, die in Jahreslohn standen, und deren Dienstbehinderung für den Dienstberechtigten entweder nicht von vermögenswerter Bedeutung war oder doch den Dienstherrn, wenngleich er dazu berechtigt gewesen wäre, thatsächlich nicht zum Lohnabzug veranlaßte, sei es, daß er über sein Recht im Irrtum war, sei es, daß er bei der Lohnzahlung nicht daran dachte, oder daß er aus Culanz darauf verzichtete. Gerade die Fälle der letzteren Art sind ja im täglichen Leben sehr häufig, und gerade mit Rücksicht hierauf ist vielfach in der Erwägung, daß der Lohnabzug und mithin die Erwerbsversäumnis nicht nachgewiesen sei, die Zeugenentschädigung abgelehnt worden, wie dies ja auch heute leider noch oft genug geschieht. Daß jene Erwägung nicht zur Abweisung des Zeugenentschädigungsanspruchs führen darf, liegt auf der Hand. Für den Richter handelt es sich nur darum, ob der Dienstherr zum verhältnismäßigen Lohnabzug berechtigt ist oder nicht. Steht ersteres fest, dann hat er die Entschädigung zu gewähren, mag auch der Dienstherr thatsächlich von seinem Rechte keinen Gebrauch machen. Denn unterläßt er irrtümlich den Lohnabzug, so bleibt ihm doch die condictio[2]) gegen den Dienstverpflichteten, deren Geltendmachung natürlich nicht dadurch ausgeschlossen wäre, daß der Anspruch des Letzteren auf Zeugenentschädigung längst verjährt wäre. Zieht er absichtlich den verhältnismäßigen Lohn nicht ab, so macht er damit dem Bediensteten eine unentgeltliche Zuwendung, die dessen Anspruch auf Entschädigung für Zeitversäumnis nicht berührt.

IV.

Daß das gemeine Recht für die Normierung des § 616 B.G.B. hat vorbildlich sein können, wird man nach den obigen Ausführungen nicht sagen dürfen. Zwar stimmt das B.G.B. mit jenem

[1]) Für das Gegenteil können nicht etwa die oben S. 171 u. 172 angezogenen Beschlüsse des Rostocker O.L.G. verwertet werden, da diese nur die Frage betreffen, ob der Dienstherr die ihm durch die Versäumnis erwachsenen Kosten vom Lohn abziehen könne, nicht ob ein verhältnismäßiger Lohnabzug gestattet sei.

[2]) Bei Vorausbezahlung des Lohns würde für das gem. Recht nach l. 19 § 6 D. 19. 2 nicht die condictio sondern die actio conducti in Frage kommen.

Digitized by Google

in den Hauptgrundsätzen völlig überein: für die nicht geleisteten Dienste ist nach § 323 eine Vergütung nicht zu zahlen, der Vermieter trägt hier wie dort die Gefahr; und wie im gem. Recht, so würde man für den Dienstvertrag des B.G.B. auch ohne den § 616 — und wird man da, wo der § 616 überhaupt keine Anwendung findet, wie nach E.G. Art. 95 für das Gesinderecht — zweifellos schon nach § 242 das prinzipiell gestattete Recht verhältnismäßigen Abzugs vom Lohn als gegenstandslos dann versagen, wenn die Unterbrechung der Dienstleistung für den Mieter ohne vermögenswerte Bedeutung war. Aber der § 616 B.G.B. geht weiter. Er macht eine positive Ausnahme von der Vorschrift des § 323 für den Fall, daß die Behinderung des Dienstverpflichteten der Dauer nach eine verhältnismäßig nicht erhebliche war. Nicht mehr darauf kommt es an, daß die Dienstunterbrechung den Mieter wirtschaftlich nicht interessierte; es ist nach der Fassung und nach dem Sinn des § 616 ganz zweifellos, daß unter Umständen selbst bei erheblichem Vermögenswert[1]) der entzogenen Dienstleistung das Abzugsrecht cessiert. Ja nicht einmal Geringfügigkeit, sondern nur verhältnismäßige Nicht-Erheblichkeit der Behinderung wird zur Ausschließung des im § 323 statuierten Prinzips verlangt. Die Bedeutung dieser Bestimmungen ist allerdings höchst zweifelhaft. Ähnlich dem Art. 341 des schweizerischen Obligationenrechts, der für seine dem § 616 B.G.B. entsprechende Bestimmung einen „auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag" voraussetzt, verlangte noch der Entwurf I § 562 ein „dauerndes Dienstverhältnis". Schon in der zweiten Kommission wurde durch Beseitigung dieser Beschränkung die Vorschrift auf alle Dienstverhältnisse ohne Rücksicht auf ihre Dauer ausgedehnt, dagegen wurde die Beschränkung neu eingefügt, daß „die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen" sein mußte. Durch Streichung auch dieser Beschränkung des § 609 der Reichstagsvorlage in der R.T.K. erhielt der § 616 seine jetzige Gestalt. Eine Hauptzweifelsfrage ist nun: bedeutet die „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" eine nicht erhebliche Zeit im Verhältnis zur Dauer des Dienstverhältnisses oder im Verhältnis zu den Zeitabschnitten der Lohnbemessung oder aber im Verhältnis zu den Zeitabschnitten der Lohnauszahlung? Wo

[1]) Z. B. bei längerer wenn auch „verhältnismäßig" nicht erheblicher Behinderung. So wird u. a. eine militärische Übung die Anwendung des § 616 B.G.B. zulassen. Vergl. Burchardt, Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter (1901) S. 44. Vergl. schweizerisches Obligationenrecht Art. 341. Mot. B. 2 S. 463.

Digitized by Google

die drei Zeitabschnitte zusammenfallen, ergeben sich ja keine Schwierigkeiten. Man denke aber an folgenden Fall: ein erkrankter Arzt engagiert einen jungen Vertreter auf drei Monate gegen ein tägliches Honorar, das am Schluß jedes Monats gezahlt werden soll; der Vertreter wird durch eine Zeugenladung vor das entfernte Schwurgericht einen oder zwei Tage an der Erfüllung seiner kontraktlichen Pflichten gehindert. Ein Zweifel über das Vorliegen einer verhältnismäßig nicht erheblichen Behinderung wird hier nur bei Zugrundelegung der Zeitabschnitte der Zahlung obwalten, während man bei Berechnung der Verhältnismäßigkeit nach den Zeitabschnitten der Lohnbemessung oder der Dauer des Dienstverhältnisses zur unbedingten Verneinung bezw. zur unbedingten Bejahung der Nichterheblichkeit gelangt.

Man wird wohl vielfach geneigt sein, die Geringfügigkeit der Behinderungszeit nach der Dauer des Dienstverhältnisses zu bemessen.[1])

Wie hierfür äußerlich noch die Fassung des § 562 E. I spricht, so scheint dies auch der Standpunkt der Kommission für die zweite Lesung gewesen zu sein, wenngleich der Wortlaut der bez. Vorschrift im E. II und in der Reichstagsvorlage zur Zugrundelegung der Zeitabschnitte der Lohnbemessung drängen. In den Protokollen der zweiten Kommission in der im Auftrage des Reichsjustizamts erfolgten Bearbeitung heißt es (S. 280): „Einverständnis bestand zunächst darüber, daß es sich empfehle ... nur eine Verhinderung von „verhältnismäßig" d. h. im Verhältnis zur vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses nicht erheblicher Dauer zu berücksichtigen." Dennoch kann diese Auffassung als richtig nicht anerkannt werden. Sie scheitert vor allem schon daran, daß eine Feststellung des Verhältnisses der Behinderungszeit zur vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses, mithin die Feststellung, daß die Behinderungszeit eine verhältnismäßig nicht erhebliche sei, in den weitaus meisten Fällen faktisch unmöglich ist. In ein Verhältnis zu einander können nur bestimmte Größen gesetzt werden. In der überwiegenden Mehrzahl der Dienstverhältnisse wird nun bekanntlich der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen. Das Verhältnis der Unterbrechungszeit zur Dauer des Dienstverhältnisses könnte also regelmäßig erst bei Beendigung desselben festgestellt werden. Es versteht sich von selbst, daß dies nicht vom Gesetz gewollt ist.

[1]) So Burchardt a. a. O. S. 44.

Digitized by Google

Der Umstand, daß bei ganz kurzzeitigen Unterbrechungen bisweilen schon die bis zur Unterbrechung abgelaufene Zeit des Dienstverhältnisses genügt, die erstere als eine verhältnismäßig nicht erhebliche erscheinen zu lassen, hilft über die Unrichtigkeit der Berechnung im Prinzip nicht hinweg, und die Erwägung, daß für die Beurteilung des Größenverhältnisses in manchen Fällen schon die etwa längere Dauer der Kündigungsfrist ausreicht, ist fehlsam, da ja das Dienstverhältnis u. U. ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt oder durch Vereinbarung gelöst werden kann.

Aber auch die Zeitabschnitte der Lohnzahlung,[1]) die nur den äußeren Zahlungsmodus betreffen, nicht aber das Dienstverhältnis selbst wesentlich charakterisieren, können für die Beurteilung der verhältnismäßigen Nichterheblichkeit nicht maßgebend sein.

Der leitende Gesichtspunkt für die Norm des § 616 ist offenbar folgender gewesen: Je größer die Zeitabschnitte sind, nach denen der Dienstlohn bemessen ist, desto geringer ist der letztere selbst im Verhältnis zu dem nach kleineren Abschnitten bemessenen Dienstlohn; je geringer nun nach diesem Verhältnis — je billiger also — der Dienstlohn ist, desto billiger erscheint es, daß der Dienstberechtigte kleine Unterbrechungen, die das Leben mit sich bringt, in den Kauf nimmt. Der Arbeiter, der in Tagelohn stehend vielleicht 365 × 3 M. verdient, wird für dieselben Dienstleistungen bei Vereinbarung eines Jahreslohns kaum $^2/_3$ jenes Lohns erhalten. Nicht ganz so groß ist der Unterschied, wenn der Lohn nach Monaten oder nach Wochen bemessen ist. Damit geht aber Hand in Hand, daß auch nur in geringerem Maße der Gläubiger die Gefahr der Dienstbehinderungen trägt. Daraus ergibt sich: je größer die Zeitabschnitte der Lohnbemessung, desto billiger — regelmäßig — der Dienstlohn und desto größer die Gefahrtragungspflicht des Dienstberechtigten; mit anderen Worten: ob der Dienstverpflichtete bei unverschuldeter Dienstbehinderung den Anspruch auf die Vergütung behält, *richtet sich nach dem Verhältnis der Dauer der Behinderung zu den Zeitabschnitten der Lohnbemessung.* Daß hier und dort eine Abweichung von diesem Grundsatz geboten sein wird, und daß

[1]) Eine eigentümliche Bedeutung legt Schneider-Fick Schw. Obl. Recht S. 531 Anm. 4 der Verabredung bei, es solle Tag für Tag oder Woche für Woche abgelohnt werden. Hier sei als „Meinung der Parteien anzunehmen", daß nur die Zeit der wirklich geleisteten Dienste in Berechnung falle. Es ist die Kehrseite der bereits oben S. 178 f. für das gem. Recht verworfenen Ansicht Mommsens.

Digitized by Google

auch bei Anwendung desselben die Frage, ob die Unterbrechung eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit gedauert hat, unter Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles zu entscheiden ist, (Mot. II 464. Planck, Note 2b zu 616) versteht sich von selbst. Unrichtig scheint es aber, wenn Schneider-Fick (schweiz. Oblig. R. S. 530 Anm. 2) und nach ihm Planck (a. a. O.) für die Beantwortung jener Frage den Umstand entscheidend sein lassen wollen, ob der Dienstberechtigte mit den schon vorhandenen eigenen oder fremden Kräften auskam oder ob er wegen der Hinderung neue Kräfte hatte engagieren müssen. Das kann wohl, wie oben ausgeführt ist, für die Frage entscheidend sein, ob die Dienstbehinderung für den Dienstberechtigten überhaupt von vermögenswerter Bedeutung ist; ob sie eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit gedauert hat, kann nicht danach bemessen werden. Eine geradezu wunderliche Ansicht über die Bedeutung jener Worte hat das Gewerbegericht Bremen in einem Urteil vom 30. Okt. 1900 (Gewerb.Ger. VI Sp. 66) aufgestellt. Hier heißt es: „Ein Arbeitsverhältnis, wie das vorliegende, welches nach § 122 Gewerb.Ord. zu jeder Zeit durch eine 14 Tage vorher erklärte Aufkündigung gelöst werden kann, dauert nun aber, da die gesetzliche Kündigungsfrist durch den Arbeitsvertrag nicht abgeändert ist, vertragsmäßig nur 14 Tage, im Verhältnis zu dieser Dauer ist eine Verhinderung an der Arbeitsleistung während 9 Tagen eine erhebliche Zeit." Das Resultat ist richtig. Aber die Begründung können selbst diejenigen nicht billigen, die die Dauer des Dienstverhältnisses entscheiden lassen.[1])

V.

Wenn nun auch das B.G.B. mit seinem § 616 weit über das gemeine Recht hinausgeht, insofern es die Gefahr teilweiser, verhältnismäßig nicht erheblich lange dauernder Unmöglichkeit der Dienstleistung, die durch den Verpflichteten nicht verschuldet ist und deren Grund in seiner Person liegt, auf den Dienstherrn überträgt, so ist es doch meiner Ansicht nach hinsichtlich der hier speziell behandelten Frage, ob der Dienstberechtigte auch bei einer durch eine Zeugenladung veranlaßten Dienstbehinderung des Verpflichteten nicht zum verhältnismäßigen Lohnabzug berechtigt ist, ganz auf dem Boden des gemeinen Rechts stehen geblieben.

---

[1]) Vergl. die Anm. der Red. zu jener Entscheidung.

Digitized by Google

Als Konsequenz würde sich ergeben, daß der seine Zeugnispflicht erfüllende Dienstverpflichtete trotz des § 616 B.G.B. Anspruch auf Erstattung des Lohnverlustes nach § 2 der R.G.O. s. Z. u. S. hat. Theorie und oberstrichterliche Praxis haben sich, soweit ich habe ermitteln können, mit dieser Frage wenig befaßt. Burchardt, Die Rechtsverh. der gewerbl. Arbeiter (1901) S. 44, spricht sich beiläufig dahin aus, der § 616 habe an dem Grundsatz, daß die Parteien oder der Staat den Zeugen zu entschädigen haben, nichts ändern wollen. Demgegenüber hat sich in einem bisher ungedruckten, die Beschwerde eines Zeugen verwerfenden Beschluß vom 16. Okt. 1901 der Strafsenat des O.L.G. zu Rostock im entgegengesetzten Sinne ausgesprochen. Hier heißt es in den Gründen:

> „Denn die Bestimmung des § 616 B.G.B. trifft auch dann zu, wenn der Dienstverpflichtete als Zeuge zu einem gerichtlichen Termin geladen ist. Auch in diesem Falle wird er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Dienstleistung verhindert. Er wird also seines Anspruchs auf die Vergütung für die Zeit seiner Verhinderung nicht verlustig und kann daher eine Entschädigung als Zeuge nicht beanspruchen.
>
> Das Resultat ist freilich, daß der Dienstherr mit Kosten belastet wird, die andernfalls dem Staat bezw. den Parteien, in deren Interesse die Vernehmung des Zeugen erfolgte, zur Last fallen würden. Diese Erwägung darf aber nicht zu der Annahme führen, daß der als Zeuge geladene Dienstverpflichtete keinen Anspruch aus § 616 B.G.B. gegen den Dienstherrn hat.... Wie das gesetzgeberische Motiv für die Vorschrift des § 616 B.G.B. lediglich den Beziehungen zwischen dem Dienstherrn und Dienstverpflichteten entnommen ist — Mot. II S. 463, 464 — so darf auch nach dem Inhalt des Gesetzes nur auf Grund dieser Beziehungen darüber entschieden werden, ob der Dienstverpflichtete den Anspruch auf die Vergütung für die Zeit seiner Verhinderung behalten hat."

Ich glaube nicht, daß die in dieser Entscheidung niedergelegte Ansicht richtig ist und in der Praxis auf die Dauer unwidersprochen bleiben wird. Schon Erwägungen allgemeiner Natur, wie sie oben in I dargelegt sind, werden, wenn sie nicht zu einer Umgehung der im gleichen Sinne ausgelegten Vorschrift führen sollen, oft genug zu der entgegengesetzten Ansicht drängen. Allerdings vermögen sie dieselbe nicht zu **begründen**, sondern sie können

Digitized by Google

nur unterstützend zu anderen Gründen hinzutreten, an denen es m. E. nicht fehlt.

Der § 616 stellt sich streitlos als eine nur für den Dienstvertrag statuierte Ausnahmebestimmung gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des § 323 dar. Als solche darf die Vorschrift des § 616 nicht weiter angewendet werden, als die ratio, welche zu dem Ausnahmegesetz geführt hat, dies gebietet bezw. gestattet.

„Sozialpolitische Rücksichten" sind es nach dem Zeugnis der Motive II S. 463 und „Gründe der Humanität", auf denen jene Vorschrift beruht. Das starre Recht des § 368 E. I, § 323 B.G.B., das die Gefahr der Unmöglichkeit auch des kleinsten Teiles der Leistung dem Schuldner aufbürdet, sollte hier, wo es sich regelmäßig um eine wirtschaftlich leistungsfähige und eine wirtschaftlich bedeutend minder leistungsfähige Partei handelt, zu Gunsten der Letzteren, der auch der kleinste Lohnausfall fühlbar ist, dahin abgeändert werden, daß die Gefahr verhältnismäßig geringfügiger Dienstunterbrechungen denjenigen traf, der sie regelmäßig gar nicht oder doch weit weniger als der Gegner empfindet, — den Mieter. Mit der Durchführung dieses sozialen Gedankens, den die modernen Verhältnisse und Anschauungen mit unwiderstehlicher Gewalt gezeitigt haben, waren dem B.G.B. bereits andere Gesetze vorangegangen, die teilweise für dasselbe geradezu vorbildlich gewesen sind, wie dies bez. des Art. 60 des H.G.B. und des Art. 341 des schweiz. Bundesgesetzes ausdrücklich bezeugt wird. Nach der erstenerwähnten Bestimmung geht der Handlungsgehülfe, der „durch unverschuldetes Unglück" an Leistung seines Dienstes zeitweise verhindert wird, dadurch seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt — für die Dauer von 6 Wochen — nicht verlustig.[1])

Erheblich weiter geht der Art. 341 des schweiz. Oblig.Rechts:

> „Bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrage geht der Dienstpflichtige seiner Ansprüche auf die Vergütung nicht verlustig, wenn er durch *Krankheit*, durch *Militärdienst* oder *aus ähnlichen Gründen* ohne eigenes Verschulden auf verhältnismäßig kurze Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert wurde."

Beide Vorschriften im Zusammenhalt mit dem § 616 B.G.B. kennzeichnen die Entwicklung der modernen Anschauungen auf

[1]) Über eine ähnliche Vorschrift für Betriebsbeamte, Werkmeister und Techniker vergl. § 133e der Gew.O. in der Fassung vom 1. Juni 1891.

Digitized by Google

diesem Gebiet, denen das B.G.B. im weitesten Maße gerecht geworden ist. Anderseits lassen sie aber auch erkennen, daß eine Belastung des Dienstberechtigten zum Schutze der wirtschaftlichen Lage des Dienstverpflichteten nur da eintreten soll, wo ein Schutzbedürfnis vorliegt oder doch nach den Anschauungen der modernen Zeit anerkannt wird. Ein solches Schutzbedürfnis besteht aber nicht und ist auch niemals behauptet worden da, wo der Staat schon anderweit für ausreichenden Ersatz des durch unverschuldete Behinderung verlorenen Dienstlohns sorgt. *Nur wenn und soweit mangels eines solchen Schutzgesetzes der Dienstverpflichtete selbst den Ausfall tragen müßte*, soll die von der allgemeinen Regel abweichende Belastung des Dienstherrn mit den durch die unverschuldete Behinderung eigentlich dem Dienstverpflichteten erwachsenen Nachteilen eintreten. Nur mit dieser Beschränkung kann man von „sozialpolitischen Rücksichten" und „Gründen der Humanität" sprechen, welche die Vorschrift des § 616 B.G.B. hervorgerufen haben, und daß nur innerhalb der so gezogenen Grenzen der § 616 zur Anwendung kommen soll, hat das Gesetz in dem zweiten Satz hinreichend zum Ausdruck gebracht: „Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund *gesetzlicher Verpflichtung* bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt."

Daß der erste Entwurf, der Ende 1887 fertiggestellt war, eine solche Beschränkung nicht enthielt, kann nicht Wunder nehmen, da er ja einer Zeit entstammt, in der die soziale Versicherungsgesetzgebung erst im Entstehen begriffen war. Um so weniger kann das Fehlen solcher beschränkenden Bestimmung in dem Art. 60 des H.G.B. befremden. Aber schon der § 133 c. der Gew.O. in der Fassung vom 1. Juni 1891, der Betriebsbeamten, Werkmeistern und Technikern den Anspruch auf die vertragsmäßigen Leistungen des Arbeitgebers für die Dauer von 6 Wochen vorbehielt, wenn sie durch „unverschuldetes Unglück" an der Verrichtung der Dienste verhindert waren, enthielt den Zusatz: „Jedoch mindern sich die Ansprüche in diesem Falle um denjenigen Betrag, welcher dem Berechtigten aus einer auf Grund *gesetzlicher Verpflichtung* bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt." Hier setzte die zweite Kommission ein, indem sie in den § 557 fast wortgetreu jenen Zusatz aufnahm, der dann mit einer geringfügigen redaktionellen Änderung in die Reichstagsvorlage überging und endlich

Digitized by Google

nach Ablehnung einiger hier nicht interessierender sachlicher Abänderungsanträge in der Reichstagskommission [1]) im Reichstag debattelos [2]) angenommen wurde.

Daß dieser Entwicklung gegenüber die Anrechnung von Kranken- und Unfallversich.-Geldern bei Handlungsgehülfen im § 63 des neuen H.G.B. ausgeschlossen ist, erscheint auf den ersten Blick befremdlich und will fast den oben aufgestellten Grundsatz, daß nach der ratio der hier in Betracht kommenden Gesetze nur, wenn mangels eines Schutzgesetzes der Dienstverpflichtete den Ausfall tragen müßte, die erweiterte Lohnzahlungspflicht des Dienstherrn eintritt, widerlegen. Aber zunächst muß man berücksichtigen, einerseits daß die wesentlichste gesetzliche Krankenversicherungspflicht der Handlungsgehülfen nach § 1 Abs. 4 des Krankenvers.-Ges. vom 15. Juni 1883 in der Fassung der Novelle vom 10. April 1892 nur dann besteht, wenn die ihnen nach Art. 60 (§ 63) H.G.B. zustehenden Ansprüche durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt sind, daß also ohne vertragsmäßige Aufhebung oder Beschränkung jener Ansprüche eine gesetzliche Versicherungspflicht nur insoweit besteht, als etwa eine statutarische [3]) Versicherungspflicht vorgesehen ist, und anderseits daß die Handlungsgehülfen der Unfallversicherung so gut wie gar nicht unterliegen.[4]) Vor allem aber muß man bedenken, daß die Anrechnung der aus gesetzlicher Versicherung empfangenen Gelder noch in den Entwürfen des H.G.B. § 58 bezw. 62 Abs. 2 aufgenommen war und von der Denkschrift (S. 60) als unabweisbar betrachtet wurde, und daß es erst der Kommission vorbehalten war in erster Lesung trotz energischen Widerspruchs des württemberg. Bundesratsbevollmächtigten, Ministerialdirektors von Schicker, den Absatz 2 der Regierungsvorlage zu streichen und in zweiter Lesung den Abs. 2 in der Fassung des jetzigen § 63 hinzuzufügen.[5]) Die Schaffung dieses durch nichts gerechtfertigten Privilegs für Handlungsgehülfen gegenüber dem damals schon an-

[1]) Vergl. Bericht der R.T.K. über den E. e. B.G.B. . . . . Berlin 1896. Heymanns Verlag S. 47.

[2]) Vergl. zweite und dritte Beratung des E. e. B.G.B. im Reichstag. Stenogr. Berichte. Guttentag 1896 S. 88.

[3]) Auch diese muß man als gesetzliche Versicherungspflicht betrachten — auch im Sinne des § 616 B.G.B. Vergl. Denkschrift zum E. e. H.G.B. S. 60.

[4]) Vergl. Denkschrift S. 60. Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehülfen und -Lehrlinge nach dem 1. Jan. 98. S. 147.

[5]) Bericht der XVIII. Kommission. Stenogr. Bericht über die Verh. des Reichstags, 9. Legisl.-Periode, Session IV. 7. Anlagenband S. 3883/4.

Digitized by Google

genommenen § 616 B.G.B. läßt sich nur als eine Parteimache in der XVIII. Kommission erklären.

Wie dem aber auch sei, — für das B.G.B. ergibt sich aus dem Satz 2 des § 616 und der ratio der Vorschrift überhaupt, daß die Abweichung von der Regel des § 323 nur innerhalb der oben bezeichneten Grenzen gelten soll. Denn anders läßt es sich nicht erklären, daß bei freiwilliger Versicherung gegen Krankheit oder Unfall und bei privater Fürsorge für den Dienstverpflichteten die Anrechnung des hieraus Erlangten auf den Lohnanspruch ausgeschlossen ist.

Wie aber bei Krankheit und Unfall ein gesetzlicher Schutz gegen den Lohnausfall in der in den Versicherungsgesetzen vorgesehenen Zwangsversicherung begründet ist, so gewährt die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige den gesetzlichen Schutz gegen Lohnverlust infolge Erfüllung der Zeugnispflicht und schließt deshalb die Anwendung des § 616 B.G.B. aus. Daß der Zeugenentschädigung nicht ebenso Erwähnung gethan ist, wie der gesetzlichen Versicherung, ist um so erklärlicher, als ja von einer „Anrechnung" um deswillen nicht die Rede sein kann, weil die Zeugenentschädigung ja stets mindestens den Betrag des verhältnismäßigen Lohnes für die Zeit der Behinderung erreicht. Wahrscheinlich aber hat der Gesetzgeber die Nichtanwendung des § 616 auf den Fall der Behinderung durch Zeugenladung als so selbstverständlich angesehen, daß ihm der Gedanke, dies besonders zum Ausdruck zu bringen, gar nicht gekommen ist.

Zu welchen Mißständen die entgegengesetzte Auffassung führt, ist bereits erwähnt worden. Wie wenig sie auch im übrigen zu dem Anwendungsgebiet des § 616 paßt, ergibt sich bei der Prüfung der Frage, ob diese Vorschrift für alle Arten der Dienstverträge gilt. Nach der jetzigen Fassung des § 616 kann es zweifelhaft erscheinen, ob seine Bestimmung auch dann Anwendung findet, wenn der Dienstlohn nicht nach der Dauer der Dienstleistung bemessen ist, sondern als Akkord- oder Stücklohn gezahlt wird.[1]) Noch nach der Fassung des § 609 der Reichstagsvorlage mußte man sich für die Verneinung dieser Frage entscheiden. Hatte doch noch die zweite Kommission,[2]) die den Wortlaut „Ist die Vergütung nach

[1]) Man muß sorgfältig prüfen, ob es sich hier wirklich um einen bloßen Modus der Dienstlohn-Bemessung oder -Zahlung oder vielmehr um einen Werkvertrag handelt, für den § 616 ja keine Anwendung findet.

[2]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung nach der im Auftrage des Reichsjustizamts erfolgten Bearbeitung. B. II S. 280.

Digitized by Google

Zeitabschnitten bemessen . . .“ aufgenommen hat, die Vorschrift des § 562 E. I „selbstverständlich“ nur in solchen Fällen für anwendbar gehalten, „in denen die Vergütung nach Zeit bemessen sei; soweit sie als Stücklohn bemessen sei (z. B. das Spielhonorar eines Schauspielers), trage der Dienstverpflichtete auch die Gefahr verhältnismäßig geringfügiger Verhinderungen“. Diese Auffassung fand indes nicht den Beifall der Reichstagskommission. „Mit großer[1]) Mehrheit“ gab sie dem später vom Plenum debattelos angenommenen § 609 der Reichstagsvorlage die jetzige Fassung. Es sollte „dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß die Regel des § 609 auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten, sondern in der Form des Stücklohnes bemessen ist“. Hiernach kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auch bei Dienstverträgen dieser letzteren Art der § 616 des B.G.B. Anwendung findet, und es liegt in der That auch de lege ferenda kein besonderer Grund vor, dieselben anders zu behandeln als die Verträge mit Dienstlohnbemessung nach Zeitabschnitten. Auch bei ihnen läßt sich von „verhältnismäßig“ nicht erheblicher Dienstunterbrechung reden; nur kann ja nicht das Verhältnis der Dauer der Behinderung zu vereinbarten Zeitabschnitten der Lohnbemessung maßgebend sein, vielmehr entscheidet hier das Verhältnis der Behinderungszeit zu der Durchschnittsarbeitszeit, binnen welcher der Stücklohn verdient wird. Dementsprechend geht der Anspruch aus § 616 auf Zahlung des mit jenem Zeitverhältnis korrespondierenden Teiles des Stücklohnes.[2]) Gelangt man auf diese Weise zwar zu dem famosen Ergebnis, daß der Dienstherr u. U. — nämlich wenn der Verpflichtete das Versäumte durch schnelleres oder längeres Arbeiten wieder nachholt — dieselben Dienste *demselben* Dienstverpflichteten doppelt bezahlen muß, so erscheint dies doch dann als etwas Besonderes — und zwar geradezu als eine Kuriosität — wenn die Behinderung durch Erfüllung der Zeugnispflicht verursacht wurde und auf diesen Fall der § 616 Anwendung finden soll.

Man darf sich übrigens nicht verhehlen, daß die Erstreckung der Vorschrift des § 616 auf die Fälle der Verhinderung durch

---

[1]) Vergl. Bericht der R.T.Kommission über den E. e. B.G.B. u. E.G. (bei Carl Heymann 1896) S. 47.

[2]) Zu demselben Resultat auf einem etwas anderen Wege der Berechnung gelangen die Kommentare von Planck zu N. 2a § 616 und Neumann N. 3 zu § 616.

Digitized by Google

Zeugenladung oft das Gegenteil dessen, was der Gesetzgeber erstrebte, bewirkt. Der mit seinem Anspruch auf Zeugengeld Abgewiesene wird, da der Dienstherr gewiß oft genug im Vollbewußtsein seines Rechtes den Lohn für die Zeit der Dienstbehinderung verweigern wird, vielfach der Vergütung ganz verlustig gehen, was ja gerade durch jene Bestimmung verhütet werden sollte, oder er muß wegen der Bagatelle den Prozeßweg beschreiten, und verliert zum mindesten seinen Dienst. Dem sozialen Gedanken, den die Vorschrift des § 616 B.G.B. geschaffen hat, entspricht es weit mehr, wenn dieselbe mit der Beschränkung zur Anwendung gelangt, die ihr m. E. von Anfang an zugedacht war. Auf dem Boden dieser Ansicht steht denn auch wenigstens ein Teil der Praxis. In den Gründen eines Beschlusses der Strafkammer in Düsseldorf vom 15. Febr. 1900 [1]) heißt es u. a.:

„Was zunächst die Frage angeht, ob die Beschwerdeführer zu ihren Arbeitgebern in einem unter § 616 B.G.B. fallenden Dienstverhältnisse stehen, so würde dieselbe erst dann zu beantworten sein, wenn sich ergäbe, daß der Dienstberechtigte überhaupt gehalten ist, den Lohn auch für diejenige Zeit zu bezahlen, während deren der Dienstpflichtige infolge Erfüllung seiner Zeugnispflicht an der Dienstleistung verhindert war. Das ist aber zu verneinen . . . Es hieße nun offenbar, diese Verpflichtung, welche der Staat im Interesse der Rechtspflege auf sich genommen hat (i. e. auf Entschädigung für Zeitversäumnis nach der Zeugen-G.O.) auf private Schultern abwälzen und die Dienstherren gleichsam die Zeugen-Gebühren in den Prozessen bezahlen lassen, wenn man der vom Kgl. A.G. in O. und der Kgl. St.A. vertretenen Ansicht zustimmen wollte. . . . Eine solche Auslegung des § 616 B.G.B. widerspricht ganz und gar den Absichten des Gesetzgebers, die doch darauf hinauslaufen, die Lage des wirtschaftlich Schwächeren zu verbessern und nicht, wie es hier geschieht, zu verschlechtern. Man muß eben bedenken, daß nicht nur kapitalkräftige Arbeitgeber getroffen werden . . . Daß die Dienstherrn in anderen Fällen nach § 616 B.G.B. gleichwohl dazu verpflichtet sind, kommt natürlich hier nicht in Betracht, denn hier handelt es sich nur um die Frage, wer verpflichtet sei, den Ersatz für Zeit und Dienste zu leisten, die der Zeuge

[1]) Vergl. Gew.Gericht V Sp. 202.

Digitized by Google

im öffentlichen Interesse verwendet hat. Das ist offenbar der Staat. Eine richtige Auffassung der Absichten, welche den Gesetzgeber bei Erlassung der Gebührenordnung einerseits, und des B.G.B. anderseits geleitet haben, muß also dahin führen, den § 616 B.G.B. in dem Falle für unanwendbar zu erklären, wo der zur Dienstleistung Verpflichtete infolge der Erfüllung seiner Zeugnispflicht vor den ordentlichen Gerichten gemäß § 1 der Geb.O. an der Dienstleistung verhindert ist. Hier bleiben die Vorschriften der Geb.O. allein maßgebend, wonach der Dienstpflichtige die Vergütung aus der Staatskasse zu beanspruchen hat."

Der Gesichtspunkt, daß der § 616 B.G.B. deshalb nicht anwendbar sei, weil das Gesetz die Lage des wirtschaftlich Schwächeren habe verbessern wollen, trifft zwar nicht zu; denn in anderen Fällen geringfügiger Behinderung muß ganz gewiß der § 616 zur Anwendung kommen, obwohl im einzelnen Fall vielleicht der Dienstgeber der wirtschaftlich Schwächere ist. Die Intention des Gesetzes ist ja auch offenbar, den regelmäßig wirtschaftlich schwächeren Dienstnehmer vor Lohnausfall zu schützen. Auch ist in den Gründen m. E. die Erwägung fehlsam, daß der Staat deshalb den Ersatz für Zeit und Dienste zu leisten habe, weil der Dienstverpflichtete sie in öffentlichem Interesse verwendet habe; man denke nur an die durch Erfüllung der Militärdienstpflicht verursachte Behinderung, die doch u. U. ebenfalls unter den § 616 B.G.B. fällt.

Im übrigen kann man den Standpunkt der Strafkammer in Düsseldorf nur mit Freude begrüßen. Möge jene Auffassung recht bald die in der Praxis herrschende werden!

Nachtrag.

Während der Korrektur ist mir ein Beschluß des Landgerichts zu Saarbrücken vom 7. April 1900, abgedruckt in der Zeitschrift für Bergrecht Band 41 Seite 471 ff., bekannt geworden, der ebenfalls die hier verteidigte Ansicht vertritt. In der Begründung heißt es u. a. ähnlich wie oben S. 190 f.:

Die Ausnahmebestimmung des § 616 B.G.B. ist also sozialpolitischen Charakters und darf deshalb auch nur vom

Digitized by Google

sozialpolitischen Gesichtspunkte aus betrachtet und beurteilt werden. Sie darf daher nicht dahin ausgelegt werden, daß der Dienstpflichtige auch dann einen Anspruch auf Weitergewährung seines Dienstlohnes habe, wenn er von einem Dritten, sei es auf Grund eines vertretbaren Verschuldens desselben oder aus anderen Gründen, einen Anspruch auf Ersatz seines entgangenen Lohnes hat. Daß dies auch der Gedanke des Gesetzgebers gewesen ist, beweist der von der zweiten Kommission hinzugefügte Satz 2 des § 616, dem nach den Protokollen S. 2151 die Erwägung zu Grunde liegt, daß der Dienstnehmer durch die Verhinderung im Falle einer Krankheit oder eines Unfalles nicht einen Gewinn erlangen soll.

... Nach alledem kann § 616 des B.G.B. nur so aufgefaßt werden, daß er durch Gewährung eines höchstpersönlichen Anspruchs zu Gunsten des Dienstpflichtigen, nicht aber zum Vorteil dritter Personen eine Ausnahmebestimmung von den allgemeinen Grundsätzen hat treffen wollen.

Die Redaktion der Zeitschrift für Bergrecht bemerkt dazu S. 471: „Die landgerichtliche Feststellung und überzeugende Begründung dieses Rechtsatzes läßt erwarten, daß derselbe allgemein zur Geltung gelangen und das auf einer entgegengesetzten Auslegung des § 616 B.G.B. beruhende Verfahren einzelner Gerichte beseitigen wird." Hoffen wir das Beste!

Digitized by Google

XII.

Die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuche in den Jahren 1900 und 1901.

Von

Oberamtsrichter **Bunsen**.

IV.

Familienrecht.

§ 1297. 1. Die Frage, ob aus einem vor dem 1. Januar 1900 im Gebiete des gemeinen Rechts stattgehabten Verlöbnisse nach diesem Zeitpunkte die Erfüllung des Vertrages event. Schadensersatz beansprucht werden kann, wird verneint, indem ausgeführt wird, daß, wenn auch § 170 E.G. z. B.G.B. auf einen solchen Verlöbnisvertrag für anwendbar erklärt werde, dem Anspruche auf Erfüllung die einen reformatorischen und prohibitiven Charakter tragende Bestimmung des § 1297 Abs. 1 B.G.B. entgegenstehe. Reichsger. U. v. 20. Sept. 1900 in S.A. Bd. 56 Nr. 105.

Bezüglich des Anspruches auf Schadensersatz wegen Verlöbnisbruchs wird in demselben Urteile ausgeführt, daß das gemeine Recht aus dem Vertrage nicht den alternativen Anspruch auf Vollziehung der Ehe oder auf Schadensersatz gewähre, sondern daß der letztere Anspruch ein eventueller sei. Für die Frage, ob ein solcher Anspruch nach dem 1. Januar 1900 erhoben werden kann, komme in Betracht die weitere Frage, ob er vor diesem Zeitpunkte erworben sei, was nur dann zutreffe, wenn der andere Teil einer vorgängigen richterlichen Verurteilung zur Vollziehung der Ehe gegenüber ungehorsam geblieben oder durch sein Verhalten die Erfüllung unmöglich gemacht habe.

Digitized by Google

Ebenso O.L.G. Hamburg, U. v. 3. März 1900, H.G. 1900 Beil. Nr. 73, wo insbesondere ausgeführt wird, daß der Anspruch auf Schadensersatz nur in dem Falle geltend gemacht werden kann, wenn sich der Anspruch auf Erfüllung bereits vor dem 1. Januar 1900 in einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse verwandelt haben würde, wobei jedoch zu beachten sei, daß solche Verwandlung keineswegs schon mit der Erklärung der Weigerung, die Ehe eingehen zu wollen, eingetreten sei.

Auf anderem Standpunkte steht das Oberlandesgericht Stuttgart (U. v. 27. April 1900 D. J. V S. 256), wo ausgeführt ist, daß der Anspruch des Klägers auf Schadensersatz zugelassen ist, weil der Anspruch mit dem vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Rücktritt des Beklagten entstanden und deshalb nach Art. 170 des E.G. z. B.G.B. das alte Recht und nicht das Bürgerliche Gesetzbuch Anwendung finde.

Die Frage, ob ein vor dem 1. Januar 1900 eingegangenes Verlöbnis deshalb, weil es wegen Formmangels (s. Preuß. Allg. L.R. II, 1 § 82) ungültig oder wie nach Französischem Recht überhaupt unwirksam ist, mit dem 1. Januar 1900 als ein im Sinne der §§ 1297—1301 B.G.B. gültiges Verlöbnis anzusehen ist, wird entgegen der Ansicht von Habicht, Einwirkung 2. Aufl. S. 500 f. vom Kammergericht Berlin (B. vom 23. Jan. 1901, R.O. II Nr. 77) verneint, jedoch ohne stichhaltige Begründung; denn es ist Habicht beizutreten, wenn er behauptet, daß nach dem 1. Januar 1900 die Frage, ob ein Verlöbnis besteht oder nicht, lediglich aus dem Verhalten der Verlobten nach diesem Zeitpunkte selbständig und ohne Rücksicht auf die Zeit des Beginnes des Verlöbnisses zu beurteilen ist. Es handelt sich nicht um ein aus einem bestimmten zeitlich abgegrenzten Rechtsgeschäfte entstandenes Schuldverhältnis, sondern um eine dauernde Beziehung der Verlobten zu einander von familienrechtsartigem Charakter. Hieran wird durch den Satz, daß auf Eingehung der Ehe aus dem Verlöbnisse nicht geklagt werden kann, und daß das Versprechen einer Vertragsstrafe nichtig ist, nichts geändert.

Derselbe Beschluß führt in zutreffender Weise weiter aus, daß — wenn man auch annehmen wolle, daß ein bis zum 1. Januar 1900 formell ungültiges Verlöbnis nach diesem Tage wegen des Formmangels nicht mehr für ungültig zu halten sei — doch ein Anspruch aus einem vor dem 1. Januar 1900 abgegebenen Versprechen einer Vertragsstrafe für den Fall, daß die Ehe unterbleibt, nicht

Digitized by Google

erhoben werden könne, weil sich aus der Bestimmung des § 1297 Abs. 2 B.G.B. ergebe, daß dadurch außer Zweifel gestellt werden solle, daß der Satz, eine Strafe könne nicht wirksam für eine gesetzlich unzulässige Leistung vereinbart werden (B.G.B. § 344), auch auf das Verlöbnis Anwendung finden soll, trotzdem das Gesetz dieses nicht für unwirksam, sondern nur für nicht klagbar erklärt hat.

§ 1298. 2. Die Frage, ob wegen eines vor dem 1. Januar 1900 gebrochenen Verlöbnisses Schadensersatz gemäß § 1298 B.G.B. beansprucht werden kann, wird vom Oberlandesgericht Hamburg (U. v. 12. Jan. 1901, R.O. II Nr. 84) bejaht. Wenn auch die Bestimmung des § 1298 dem Wortlaute nach nur auf den Fall, wenn der Rücktritt unter der Geltung des Gesetzes stattfindet, sich beziehe, so würde sich doch bei strikter Anwendung des Gesetzes der unleidliche Zustand ergeben, daß der vertragstreue Teil die Rechte, welche er hatte, mit dem 1. Januar 1900 verliert und trotzdem kein anderweitiges Recht erhält, obwohl doch das neue Recht ebenso wie das alte eine Entschädigung des vertragstreuen Verlobten will. Ebenso wie nicht aus einer Bestimmung des Einführungsgesetzes, sondern aus § 1297 B.G.B. die Folge zu ziehen ist, daß in einem Falle der vorliegenden Art der Verlobte seinen bisherigen Anspruch verloren hatte, ist aus solcher Neuordnung der Folgen des Verlöbnisses zu ziehen, daß nicht minder die ausgleichenden Bestimmungen des § 1298 hier Anwendung finden.

Wenn man auch der Entscheidung in ihrem Resultate beitreten kann, so genügt doch die Begründung nicht. Es ist bereits oben (S. 199) ausgeführt, daß das Verlöbnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche den Charakter einer dauernden persönlichen Beziehung familienrechtlicher Art trägt. Der Entschädigungsanspruch aus § 1298 ist ein Anspruch auf das sog. negative Interesse, es will den Verlobten schützen, der der Redlichkeit des anderen vertraut hat, aber in seinem Vertrauen getäuscht ist; er richtet sich gegen den anderen Verlobten, an dem es liegt, daß die Ehe nicht zu stande kommt, dessen Verhalten zu diesem negativen Resultate führt. Das folgt insbesondere aus dem § 1299 B.G.B. Ob also der Anspruch aus § 1298 aus einem vor dem 1. Januar 1900 stattgehabten Verlöbnisbruche geltend gemacht werden kann, hängt davon ab, ob ein solches Verhalten des Gegners nach dem 1. Januar 1900 fortdauert. Die Ersatzpflicht würde insbesondere wegfallen, wenn nach dem 1. Januar 1900 der Fall des § 1297 Abs. 4 eingetreten wäre.

Digitized by Google

Die Frage, ob ein Irrtum über die Vermögensverhältnisse des anderen Teils den Rücktritt eines Verlobten nach § 1297 Abs. 4 rechtfertigt, ist vom Oberlandesgericht Posen (U. v. 28. Febr. 1901, S.A. Bd. 56 Nr. 153) mit zutreffenden Gründen bejaht.

3. Aus einer vor dem 1. Januar 1900 stattgehabten De- § 1300.
floration kann auch nach diesem Zeitpunkte noch nach Maßgabe des früheren Rechts, insbesondere des Gemeinen Rechts, auf Schadensersatz geklagt werden; denn, während der Anspruch auf Schadensersatz aus dem Verlöbnisse nur ein eventueller (s. oben S. 198) war, entsteht aus der Defloration der alternative Anspruch auf Vollziehung der Ehe oder Schadensersatz (duc aut dota), ist der erstere mit dem 1. Januar 1900 hinfällig geworden, so besteht der andere gemäß Art. 170 E.G. z. B.G.B. fort. O.L.G. Hamburg, U. v. 27. Febr. 1900, R.O. I S. 30 ff., H.G. 1900 Beil. Nr. 76. — Reichsger. U. v. 25. Okt. 1901, E.R.G. Bd. 49 Nr. 49.

4. Irrtum über die Jungfräulichkeit der Eheschließenden § 1333.
ist ein wirksamer Anfechtungsgrund, es sei denn, daß die Frau beweist, daß und aus welchem Grunde der Mann bei Eingehung der Ehe auf ihre geschlechtliche Unversehrtheit kein Gewicht gelegt hat. Der allgemeine Hinweis auf eine angebliche Volksanschauung, daß die ländliche Bevölkerung in geschlechtlichen Dingen freieren Ansichten huldige, vermag den Anfechtungsgrund nicht zu entkräften. O.L.G. Braunschweig, U. v. 1. Febr. 1900, S.A. Bd. 55 Nr. 144.

5. Der Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens setzt § 1353.
voraus, daß es dem klagenden Ehemanne selbst ernstlich um die eheliche Gemeinschaft zu thun ist, daß er also selbst den ernstlichen Willen haben muß, seinerseits das Zusammenleben fortzusetzen und alles hierzu Erforderliche zu thun. Ist anzunehmen, daß der Kläger selbst nicht solchen ernstlichen Willen hat, daß es ihm vielmehr mit seiner Klage nur darum zu thun ist, die Scheidung wegen böslicher Verlassung vorzubereiten, so stellt sich das Verlangen als Mißbrauch seines Rechts dar. O.L.G. Breslau, U. v. 7. Mai 1900, R.O. I Nr. 6.[1])

[1]) Nach einer Randbemerkung der Herausgeber a. a. O. hat das Kammergericht im Urteil vom 13. Januar 1900 einen abweichenden Standpunkt eingenommen, indem es ausführt, daß im Prozeß auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens nicht zu prüfen sei, ob der Kläger den ernstlichen Willen zur Wiederaufnahme des ehelichen Lebens habe, daß die Frau vielmehr dem gesetzlichen Rechte des Mannes auf Wiederherstellung der Hausgemeinschaft zu entsprechen

Digitized by Google

Die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft kann verweigert werden, wenn durch überwiegende Schuld des anderen Teils die sittlichen Grundlagen des ehelichen Zusammenlebens in dem Maße erschüttert sind, daß mindestens zur Zeit für den anderen Teil das Zusammenleben unerträglich sein würde. O.L.G. Hamburg, U. v. 10. Febr. 1900, H.G. Beil. 16 Nr. 55, R.O. I S. 253, S.A. Bd. 56 Nr. 106.

Eine mißbräuchliche Ausübung des Rechts auf Herstellung des ehelichen Lebens liegt vor, wenn dem Kläger die rechte eheliche Gesinnung mangelt, wenn er insbesondere die Ehefrau wissentlich fälschlich des Ehebruchs beschuldigt, O.L.G. Kiel, U. v. 12. Juli 1900, R.O. I S. 254, ebenso, wenn der Kläger nicht beabsichtigt, eine dem Wesen der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft herzustellen. Hat insbesondere der Kläger durch sein Verhalten gezeigt, daß der Beklagten das Zusammenleben mit ihm zur unerträglichen Last werden mußte, insbesondere daß der Kläger eine Abneigung gegen die Beklagte hat, daß sie eine unleidliche Behandlung zu erwarten haben würde, so ist die Klage abzuweisen. O.L.G. Braunschweig, U. v. 24. März 1901, R.O. III Nr. 12 b.

Solange der Mann keine Beweise seiner Sinnesänderung und eine gewisse Garantie dafür gewährt hat, daß er sich in Zukunft eines dem Wesen der Ehe entsprechenden Verhaltens befleißigen und seine Mißachtung der Frau nicht fortsetzen werde, stellt sein Verlangen der Herstellung der Gemeinschaft einen Mißbrauch des ihm zustehenden Rechts dar. Kammergericht, U. v. 16. März 1901, R.O. II Nr. 142 d.

Gegenüber dem Anspruche auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft ist der Einwand der Lebensgefährdung bei Ausübung des Beischlafes dann unbegründet, wenn der Mann erklärt hat, daß er die Leistung der ehelichen Pflicht nicht fordern werde, vorausgesetzt, daß kein genügender Anhalt dafür vorliegt, daß der Mann das Enthaltsamkeitsversprechen nicht halten, den Beischlaf trotzdem fordern werde. O.L.G. Dresden, U. v. 5. Mai 1900, R.O. I S. 442.

Der Pflicht zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft kann sich die Frau nicht entziehen, wenn sich die Erwerbsverhältnisse des Ehemannes vorübergehend oder dauernd verschlechtern und er in Not gerät, selbst wenn der Notstand durch Verschulden des Mannes

habe. Leiste sie keine Folge, so sei in dem späteren Ehescheidungsprozesse (B.G.B. § 1567) der Einwand der Frau zulässig, daß der Mann sie nicht aufgenommen haben würde, wenn sie sich gemeldet hätte.

Digitized by Google

herbeigeführt ist, es sei denn, daß der Mann es dauernd an dem redlichen Willen, für den Unterhalt der Familie zu sorgen, fehlen läßt, oder daß seine wirtschaftlichen Verhältnisse voraussichtlich für eine nicht absehbare Zeit so ungünstig bleiben werden, daß ein gemeinsames Leben thatsächlich unmöglich wird.

In solchem Falle würde in dem Verlangen des Mannes nach Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ein Mißbrauch liegen. O.L.G. Celle, R.O. III Nr. 30 a.

6. Die Bestimmung, daß dem Ehemann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht, daß er insbesondere Wohnort und Wohnung bestimmt, ist absoluter Art (sie entspricht dem Wesen der Ehe), ein Vertrag, welcher dieses Recht ausschließen würde, verstößt gegen die guten Sitten (B.G.B. § 138). Gegenüber einem solchen Vertrage erscheint die Berufung des Mannes auf sein gesetzliches Recht nicht als Mißbrauch im Sinne des § 1353 Abs. 2. O.L.G. Jena, U. v. 1. Febr. 1900, R.O. I S. 134. § 1354.

7. Das Recht der Frau (Hausfrau) innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises Rechtsgeschäfte mit verpflichtender Wirkung für den Mann vorzunehmen — die sog. Schlüsselgewalt — ist ein Ausfluß ihres Rechtes zur Teilung des gemeinschaftlichen Hauswesens, setzt also das Bestehen eines solchen Hauswesens voraus, fällt also weg, wenn das gemeinschaftliche Hauswesen aufgelöst ist. Wenn also der Mann in solchem Falle den Ausschluß der Schlüsselgewalt in das Güterrechtsregister eintragen läßt, um Dritten gegenüber sich zu schützen, so steht der Frau dagegen ein Beschwerderecht nicht zu. O.L.G. Hamburg, B. v. 1. April 1901. S.A. B. 56 Nr. 176, R.O. II Nr. 153 c. B. v. 24. Jan. 1901. H.G. 1901 Beil. 32 Nr. 125. §§ 1356, 1357.

Der Umfang der Schlüsselgewalt bestimmt sich ohne Rücksicht auf die Art des ehelichen Güterstandes nach den sozialen Verhältnissen der Ehegatten und nach der Sitte. Gegenüber Dritten kommt es lediglich darauf an, ob diese Grenzen nicht überschritten sind, nicht darauf, ob im einzelnen Falle die Anschaffung (im vorliegenden Falle eines Luxusteppichs zum Preise von 650 M.) zur Befriedigung eines Bedürfnisses notwendig war. O.L.G. Karlsruhe, U. v. 14. Mai 1901, R.O. III Nr. 4 h.

8. Die zwischen den Eheleuten gesetzlich begründete Unterhaltspflicht wird durch eine auf gegenseitigem Einverständnis beruhende thatsächliche Trennung nicht berührt. Der Mann ist daher ver- §§ 1360, 1361.

Digitized by Google

pflichtet, der Frau eine den beiderseitigen Vermögens- und Erwerbsverhältnissen entsprechende Geldrente zu zahlen, seitdem und solange sich die Frau mit seinem Einverständnisse fern hält. Kammergericht, U. v. 27. Dez. 1900, R.D. II Nr. 106 c.

Von der Regel, daß die Frau den ihr vom Mann gebührenden Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise (§ 1360 Abs. 3) zu fordern hat, macht § 1361 für den Fall, daß die Ehegatten getrennt leben, solange eine Ausnahme, als einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert. In diesem Falle ist der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Damit ist jedoch nicht ausgesprochen, daß der letztere Fall der einzige Ausnahmefall ist, in dem der Unterhalt in der Form einer Geldrente zu gewähren ist. Im Falle des § 1361 braucht durchaus nicht der das Zusammenleben mit Grund verweigernde Ehegatte auch der Unterhaltsberechtigte zu sein, vielmehr muß ein Ehegatte, der wegen eines ihn zur Scheidung berechtigenden Ehevergehens den anderen Ehegatten verläßt, ihm trotzdem während der Dauer der Ehe den Unterhalt durch eine Geldrente gewähren, wenn sonst die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen. Es wäre demgegenüber widersinnig, wenn der an sich unterhaltspflichtige Ehegatte die Geldrente nicht zu gewähren brauchte, falls dem anderen Ehegatten kein Ehevergehen zur Last fällt, jener vielmehr das Zusammenleben nur aus Laune verweigert. Es kann auch nicht der Wille des Gesetzes sein, in diesem Falle einen an dem Getrenntleben unschuldigen Ehegatten während der Dauer der Ehe schlechter zu stellen als nach der Scheidung.

Aus diesen Gründen kann die Vorschrift des § 1361 nicht als die einzige Ausnahme von dem Prinzip der Unterhaltspflicht durch Gewährung des Unterhalts in der Ehewohnung (§ 1360 Abs. 3) gelten. Die letztere Bestimmung ist demgemäß nicht dahin auszulegen, daß die Ehegatten einander nur zur Naturalverpflegung verpflichtet sind; denn die Begriffe „Naturalverpflegung" und „Gewährung des Unterhalts in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise" decken sich nicht. Jene Bestimmung ist vielmehr so auszulegen, daß regelmäßig der Unterhalt in der Ehewohnung zu gewähren ist, daß aber eine andere Art der Gewährung, insbesondere durch Geldrente, nicht ausgeschlossen ist, wenn die Umstände es erfordern. Kammerger. U. v. 22. Mai 1900. R.D. II Nr. 45.[1])

[1]) Anders das O.L.G. Stettin (U. v. 5. Febr. 1901, R.D. II Nr. 142 f.),

Digitized by Google

Wenn bestimmt ist, daß die Frau vom Manne Unterhalt in der durch die eheliche Gemeinschaft gebotenen Weise verlangen kann so wird damit nur die Art und Weise geregelt, in der unter gewöhnlichen Umständen der Unterhalt zu gewähren ist, nicht aber soll der Grundsatz aufgestellt werden, daß der Unterhaltsanspruch der Frau sich in allen Fällen auf Naturalleistungen richten müsse. Gewährt der Mann der Frau in der ehelichen Wohnung keine genügenden Mittel für ihren Unterhalt, so ist die Verurteilung des Mannes zur Zahlung eines Geldbetrages die der Zweckmäßigkeitsrücksicht allein entsprechende Form. O.L.G. Dresden, U. v. 3. Juli 1900, R.O. II Nr. 157.

Bezüglich des Anspruchs eines wegen Geistesschwäche entmündigten Ehemannes gegen seine thatsächlich von ihm getrennt lebende Ehefrau auf Unterhaltsrente wird ausgeführt, daß die Ausführungen in Plancks Kommentar zum B.G.B. IV S. 93 ff. Anm. 1 u. 4, welche aus der Bestimmung des § 1361 Abs. 1 in Verbindung mit § 1353 die Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt seitens des an sich unterhaltspflichtigen Ehegatten für den Fall verneinen, daß die Ehegatten getrennt leben, ohne daß ein Teil die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verweigern berechtigt ist, den unterhaltsberechtigten Ehegatten zur Erlangung des Unterhalts auf den Weg der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung und auf die sich aus den Bestimmungen des § 1578 ergebende Unterhaltspflicht des für schuldig erklärten Ehegatten verweisen und damit für die Dauer dieses Verfahrens die Unterhaltspflicht des einen Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten aufheben, nicht beizutreten ist. Wenn es auch keinem Zweifel unterliegen könne, daß die Vorschriften des § 1360 B.G.B. zunächst bestimmt seien, die Unterhaltspflicht der Ehegatten für den Fall des Bestehens der häuslichen Gemeinschaft zwischen denselben zu regeln, so ergebe doch anderseits weder der Wortlaut des Gesetzes noch auch die Begründung des Entwurfs (S. 123—127 Mugdan, Materialien IV S. 68 ff.), daß diese allgemein ausgesprochenen Vorschriften ausschließlich in dem Falle des Bestehens der häuslichen Gemeinschaft zwischen den Ehegatten Anwendung

welches den Satz aufstellt, daß die verlassene Frau nicht auf Zahlung einer Unterhaltsrente gegen den Mann, dem ein Scheidungsgrund zur Seite steht, klagen kann, ohne ihn zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft aufgefordert zu haben.

Digitized by Google

finden sollen, und es könne auch nicht daraus, daß in dem § 1460 des Entwurfes die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten nur für den Fall der gerichtlichen Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett geregelt war, und daß in dem an Stelle dieser Vorschrift getretenen § 1361 des Gesetzes Bestimmungen bezüglich der Unterhaltspflicht nur für den Fall getroffen sind, daß einer der Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert, gefolgert werden, daß in anderen Fällen eines Getrenntlebens der Ehegatten die Unterhaltspflicht ohne weiteres cessieren solle. Auch Planck a. a. O. nehme an, daß es bei den Vorschriften des § 1360 verbleibe, wenn die Ehegatten getrennt leben, ohne daß ein Teil die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern befugt sei. Seine Folgerung, daß der Unterhaltspflichtige solchenfalls den Unterhalt überhaupt nicht zu gewähren brauche, weil nach § 1360 B.G.B. der Unterhalt nur in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren sei, erscheine aber um deswillen nicht zutreffend, weil unter der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht unbedingt die häusliche Gemeinschaft verstanden werden muß und zweifellos (vgl. die Motive zu § 1280 des Entwurfs, Mugdan IV S. 68 f.) die Unterhaltspflicht nicht fortfalle, wenn einer der Ehegatten aus Gründen, welche sich aus seinen persönlichen Verhältnissen ergeben, wie z. B. im Falle der durch körperliche oder geistige Erkrankung veranlaßten Unterbringung desselben in einer Heilanstalt, oder im Falle der Verbüßung einer Freiheitsstrafe an der Aufrechterhaltung der häuslichen Gemeinschaft mit dem anderen Ehegatten gehindert ist. Nicht anders könne aber die Sache beurteilt werden, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten infolge von Umständen aufgehoben ist, welche ein längeres Zusammenleben unthunlich machen und wegen welcher auch der andere Ehegatte die Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft nicht verlangt. O.L.G. Hamburg, U. v. 18. Febr. 1901, H.G. 1901 Nr. 32 Beibl. Nr. 121.

Ebenso O.L.G. Hamburg, U. v. 13. April 1901, H.G. Nr. 28 Beibl. Nr. 107.

Der Anspruch auf Unterhalt oder Geldrente steht, solange die Ehe besteht, auch demjenigen Gatten zu, auf dessen Verschulden die Trennung zurückzuführen ist. Die Unterhaltspflicht der Frau setzt voraus, daß sie leistungsfähig ist; soweit die Leistungsfähigkeit reicht, hat sie ohne Rücksicht darauf, daß durch ihre Leistungen ihr eigener Unterhalt herabgedrückt wird, mit dem Manne, was ihr zu Gebote

Digitized by Google

steht, in angemessener Weise zu teilen. O.L.G. Braunschweig, B. v. 8. Febr. 1901. S.A. Bd. 56 Nr. 177.

Der Mann ist der Frau gegenüber schlechthin unterhaltspflichtig, der Unterhaltsanspruch der Frau ist nicht davon abhängig, daß die Frau außer Stande ist, sich ihren Unterhalt selbst zu verdienen, daß sie des Unterhalts bedürftig ist. Den Unterhalt hat der Mann nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit (§ 1360) zu gewähren. Das trifft auch für den Fall des § 1361 zu. Der Mann muß das, was er hat, mit der Frau teilen, daher auch einen etwaigen Unterhalt, den er von einem ihm unterhaltspflichtigen Verwandten bezieht, wenn er auch von diesem nur das, was zu seinem persönlichen standesmäßigen Unterhalt erforderlich ist, bezieht. Er ist im Verhältnisse zu seiner Frau nicht berechtigt, diesen Unterhalt lediglich für sich in Anspruch zu nehmen, muß sie vielmehr bis zur Grenze der eigenen Leistungsfähigkeit, also soweit es ihm bis zur Gefährdung seines notwendigen Unterhalts möglich ist, daran teilnehmen lassen. O.L.G. Dresden, U. v. 14. Febr. 1901. Sächs.Arch. XI S. 623 ff.

Ebenso Reichsger. U. v. 19. Okt. 1900. B.R.A. Bd. 66, S. 266 ff.

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Sicherstellung einer nach § 1361 zu gewährenden Unterhaltsrente besteht im Gegensatze zu dem Falle des § 1580 B.G.B. nicht. O.L.G. Hamburg, U. v. 1. Juli 1901. R.O. III Nr. 64 b.

Da die Frage, welchem von beiden Ehegatten die Kosten eines von ihnen geführten Rechtsstreits zur Last fallen, vom Bürgerlichen Gesetzbuche für die verschiedenen ehelichen Güterrechtssysteme besonders geregelt ist (§§ 1387, 1415, 1463),[1]) so folgt daraus, daß solche Kosten nicht zu den Unterhaltskosten gehören. Aus der Unterhaltspflicht des Mannes ist also eine Pflicht desselben, seiner Frau die Kosten des Scheidungsprozesses vorzuschießen, nicht abzuleiten. O.L.G. Hamburg, B. v. 18. Jan. 1900, H.G. 1900 Nr. 5 Beibl. Nr. 13, B. v. 10. Febr. 1900 das. Nr. 10 Beibl. Nr. 29. Ebenso O.L.G. Kiel, B. v. 26. Jan. 1901; S.A. Bd. 55 Nr. 209.

9. Die Frage, ob wegen eines vor 1900 begangenen Ehebruches nach dem 1. Januar 1900 auf Scheidung der Ehe erkannt werden darf, obwohl der Scheidungsklage nach altem Rechte die dem Bürgerlichen Gesetzbuche unbekannte Einrede der Kompensation

§§ 1564—1569 E.G. a. 201.

[1]) Siehe hierzu R.O. I Nr. 14, 40, 165; S.A. Bd. 56 Nr. 29, 107, 252; H.G. 1901 Nr. 19 J.W. 1900 S. 837.

Digitized by Google

wegen eines auch vom Kläger verübten Ehebruches entgegenstand, wird verschieden beantwortet; indem die für die Entscheidung dieser Frage maßgebende Bestimmung im § 201 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. verschieden ausgelegt wird. Die eine Ansicht faßt das Wort „Verfehlung" in diesem Gesetze abstrakt, die andere konkret auf. Nach der letzteren Auffassung ist es mit Rücksicht darauf, daß die neuere Gesetzgebung auf die Erhaltung der Ehen großen Wert lege, was insbesondere auch der Civilprozeßordnung zu entnehmen sei, unwahrscheinlich, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, Verfehlungen, die nach dem bisherigen Rechte ihre trennende Kraft verloren hatten, diesen neu zu verleihen. Gegen diese Ansicht dürfe nicht geltend gemacht werden, daß die Kompensation den Scheidungsgrund an sich unberührt lasse und nur einen prozessualen Einwand gewähre, dessen Kraft sich nach dem zur Zeit seiner Erhebung geltenden Rechte bemesse. Dies sei nicht richtig, der aus dem Ehebruche erwachsende Scheidungsgrund habe materiell seine wirkende Kraft verloren, cum paria delicta mutua compensatione tollantur. Es komme im Sinne des Art. 201 Abs. 2 deshalb gerade darauf an, ob der konkrete Ehebruch, auf Grund dessen die Scheidung begehrt wird, nach dem bisherigen Rechte geeignet war, die Scheidung oder Trennung der Ehe herbeizuführen.

Reichsgericht U. v. 4. Mai 1900 D. J. 1900 Nr. 12 S. 277, J.W. 1900 S. 465. O.L.G. Rostock, M.Z. Bd. 19, S. 213, Nr. 53. Ebenso, O.L.G. Celle U. v. 10. Febr. 1900, R.O. I Nr. 201 b, U. v. 1. Mai 1900, das. Nr. 201 c.

Für die entgegengesetzte Auffassung wird das Folgende geltend gemacht. Das allgemeine die zeitlichen Grenzen des Scheidungsrechts regelnde Prinzip des Abs. 1 Art. 201 E.G. z. B.G.B. werde im Abs. 2 eingeschränkt. Der Grund dieser Einschränkung werde in den Motiven dahin ausgesprochen, daß die als Scheidungsgründe sich qualifizierenden Thatsachen der Regel nach in einem schuldhaften Verhalten eines der Ehegatten bestehen und ein solches Verhalten nur dann angenommen werden kann, wenn der Ehegatte wußte oder doch wissen mußte, daß seine Handlungsweise überhaupt den Bestand der Ehe in Frage zu stellen geeignet sei. Diese an sich durchaus zutreffende Erwägung stehe aber in unserem Falle der Scheidung nicht entgegen. Beging ein Ehegatte unter der Herrschaft des alten Rechts Ehebruch, so mußte er sich bewußt sein, daß er gegen die Pflichten der Ehe verfehlte. Sein Verhalten war in jedem Falle ein schuldhaftes, jedenfalls dann, wenn sein Gatte

Digitized by Google

zu der Zeit noch ohne Schuld war und erst später Untreue begangen hat. War dieser erst ehebrecherisch, so konnte jener allerdings meinen, daß er die Folgen des Ehebruchs durch die Einrede der Kompensation werde abwenden können. Sein Verhalten blieb nichtsdestoweniger ein schuldhaftes, gegen das Wesen der Ehe verstoßendes. Das Vertrauen eines Ehegatten darauf, daß er durch die Verfehlung des anderen Teils einen Freibrief für Ehebrüche erlangt habe, würde ein tief unsittliches sein, das den Schutz des Gesetzgebers nicht verdiene. Dies sei auch in den Motiven zum ersten Entwurfe, dem das Gesetz bezüglich der Beseitigung der Kompensationseinrede gefolgt sei, ausdrücklich erörtert. Es lasse sich daher nicht annehmen, daß derselbe Gesetzgeber, der solche Kompensation wegen ihrer dem Wesen der Ehe zuwiderlaufenden unsittlichen Konsequenzen beseitigt habe, in den Übergangsbestimmungen den Schutz habe gewähren wollen, der im Vertrauen auf solche Kompensation gegen die Pflichten der Ehe verfehlte. Die etwas zweifelhafte Wortfassung des Gesetzes (Art. 201 Abs. 2) fügt sich leichter dieser als der entgegengesetzten, vom Reichsgerichte gebilligten Auslegung: hat sich ein Ehegatte vor dem 1. Januar 1900 einer Verfehlung schuldig gemacht, so darf nach der Bestimmung des Gesetzes auf Scheidung nur erkannt werden, wenn die Verfehlung auch nach dem bisherigen Rechte ein Scheidungs- oder Trennungsgrund war. „Die Verfehlung, von der dieser Konditionalsatz spricht, ist in demselben nicht näher bezeichnet, die nähere Bezeichnung muß aus dem vorhergehenden Satze ergänzt werden. Es liegt also nahe, unter Verfehlung in dem Konditionalsatze dasselbe zu verstehen, was vorher als solche genannt ist. Dort ist aber von einer Verfehlung der vorher erwähnten Art die Rede, weshalb als das natürlichste erscheint, das Wort „Verfehlung", beide Male als abstrakt verwendet aufzufassen. O.L.G. Hamburg, H.G. 1901 Nr. 23 Beibl. Nr. 92, R.O. II Nr. 157 c.

Gleichen Standpunkt vertreten O.L.G. Jena, R.O. I Nr. 23, O.L.G. Königsberg, das. Nr. 79, Kammergericht, U. v. 27. April 1900, das. Nr. 17, U. v. 10. Okt. 1900, das. Nr. 201 a.

Man wird der zuletzt vertretenen Ansicht den Vorzug geben dürfen; denn nach der Vorschrift des § 201 Abs. 1 kommt es nicht darauf an, ob die Scheidung nach früherem Recht zulässig gewesen wäre (vgl. z. B. Art. 17 Abs. 4 E.G.), sondern es ist lediglich maßgebend die Art der Verfehlung unter dem Gesichtspunkte der §§ 1365—1368.

Digitized by Google

Nach Art. 201 E.G. z. B.G.B. kann wegen einer Verfehlung, welcher sich ein Ehegatte vor dem 1. Jan. 1900 schuldig gemacht hat, auf Scheidung erkannt werden, nicht nur dann, wenn die Verfehlung nach den bisherigen Gesetzen ein Scheidungsgrund war, sondern auch dann, wenn sie ein Trennungsgrund war, d. h. zur separatio temporaria führen konnte.

Da eine Trunkfälligkeit, zumal dann, wenn dieselbe bereits zur völligen Hintenansetzung aller ehelichen Pflichten auf seiten des Mannes geführt hatte, nach bisherigem Mecklenburgischen Rechte einen Grund zur zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett abgeben konnte, so ist diese auch als relativer Ehescheidungsgrund in Maßgabe des § 1568 B.G.B. verwertbar.

O.L.G. Rostock, B. v. 3. April 1900, R.O. I Nr. 242. Ebenso U. v. 26. Okt. 1900, M.Z. Bd. 19 Nr. 55. Auch Reichsger., U. v. 12. Nov. 1900. S.A. XI, S. 72 f.

Nach § 1565 Abs. 2 ist das Recht auf Scheidung wegen Ehebruchs des anderen Ehegatten ausgeschlossen, wenn der klagende Ehegatte selbst dem Ehebruche zustimmt oder sich der Teilnahme schuldig macht. Dagegen ist die dem anderen Ehegatten erteilte allgemeine Ermächtigung, in Zukunft mit beliebigen Personen Ehebruch zu treiben, in Beihalt des § 138 B.G.B. rechtlich unbeachtlich, sie berührt das Scheidungsrecht des erlaubenden Ehegatten nicht. Ist die Ermächtigung beschränkt auf eine bestimmte Person, so liegt die Sache ebenso; auch in diesem Falle nötigt die Bestimmung des § 1565 Abs. 2 in Beihalt des § 138 Abs. 1 zu keiner anderen Auffassung. Nach den in dem Motive zu dem mit § 1565 gleichlautenden § 1441 des ersten Entwurfes Bd. IV S. 586 enthaltenen Ausführungen ist für die Anwendung des Gesetzes (§ 1565 Abs. 2) ausschlaggebend, ob sich der zustimmende Ehegatte die betreffende Handlung des anderen zu eigen mache, auch zu erkennen gebe, daß seine eigene eheliche Gesinnung durch solche Handlung des anderen nicht berührt werde und ihm dadurch die Ehe nicht unerträglich gemacht werde, in welchem Falle der Ausschluß des Scheidungsrechts beim ausgeführten Ehebruche statthabe. Abgesehen von dem Werte solcher Ausführungen, schließen diese selbst die notwendige Folgerung nicht aus, daß, wenn der erlaubende Ehegatte den gekennzeichneten Standpunkt aufgibt und dem anderen Teile darüber keinen Zweifel läßt, von der Erlaubnis also thatsächlich zurücktritt und dies dem anderen Ehegatten zu erkennen gibt, sein Scheidungsrecht wieder in ungeschmälerte Kraft tritt, falls

Digitized by Google

der andere Teil im Ehebrechen fortfährt. Es ist unmöglich, die einmal erteilte Erlaubnis als einen Freibrief anzusehen, der für alle Zukunft dem anderen Teile die Begünstigung gewährt, mit der betreffenden Person Ehebruch zu begehen. O.L.G. Hamburg, U. v. 22. April 1901, H.G. 1901 Nr. 40 Beibl. Nr. 162, R.O. III Nr. 12 c.

Zur Anwendung des § 1568 genügt es nicht, daß eine Handlung vorliegt, die objektiv geeignet ist, dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe unerträglich zu machen, sondern diese Handlung muß auch diesen Erfolg gehabt haben; die Sachlage kann so gestaltet sein, daß, wenn auch der klagende Teil sich eine der unter § 1568 fallenden Handlungen hat zu Schulden kommen lassen, dies zu verneinen ist. Wenn deshalb mit Rücksicht auf die für erwiesen angenommenen Verfehlungen des Klägers nicht anzunehmen ist, daß das Verhalten des Beklagten die Zerrüttung des Ehelebens verursacht habe, so liegt darin kein Rechtsirrtum. Reichsgericht U. v. 10. Mai 1900, S.A. Bd. 55 Nr. 208.

Der § 1569 B.G.B. beschränkt den Scheidungsgrund einer qualifizierten Geisteskrankheit nicht auf die Fälle des geistigen Todes des Ehegatten, so daß die Ehe nur dann geschieden werden kann, wenn sozusagen die Natur die Ehe schon getrennt hat und der geisteskranke Ehegatte nur ein animalisches Leben führe, er verlangt vielmehr nur Aufhebung der geistigen Gemeinschaft durch die Geisteskrankheit. Um dies festzustellen, ist nicht ausschließlich der Zustand des Geisteskranken zu beachten; die Geisteskrankheit des einen Ehegatten muß es zuwege gebracht haben, daß keinerlei geistige Beziehungen zwischen den Ehegatten mehr bestehen, daß selbst die für jede Ehe zu erfordernden gemeinsamen Familieninteressen ertötet sind. Wird also festgestellt, daß der kranke Ehegatte an dem Lebens- und Gedankenkreise des anderen Teils irgendwie teilzunehmen nicht imstande ist, und zwar infolge seiner Geisteskrankheit, so liegt die vom Gesetze erforderte Qualifikation der Krankheit vor. O.L.G. Hamburg, U. v. 22. Jan. 1901, H.G. 1901 Nr. 26 B. Nr. 102, R.O. II Nr. 102 S. 324 f.

Die Entstehungsgeschichte des § 1569 beweist, daß der Mangel des Bewußtseins der mit dem anderen Gatten gemeinsamen Interessen und des Willens, diesen nach Kräften zu dienen (D. J. 1900 S. 217) nicht genügt, vielmehr der geistige Tod, die völlige Geistesumnachtung bezw. Verblödung, also ein Zustand, in welchem der Kranke die Scheidung nicht mehr empfindet und nur mehr von einer animalischen Fortexistenz gesprochen werden kann, als Schei-

Digitized by Google

dungsgrund hat angenommen werden wollen und sollen. O.L.G. Köln, U. v. 23. März 1901, R.O. II Nr. 102a S. 326. Ebenso O.L.G. Karlsruhe, U. v. 2. Mai 1901, R.O. III Nr. 12 S. 30f.

§ 1574. 10. § 1574 enthält in den beiden ersten Absätzen die Regel, daß im Scheidungsprozesse die Schuldigerklärung des Beklagten nur ausgesprochen werden kann und muß, wenn auf Antrag des Klägers die Ehe durch Urteil geschieden wird. Die Schuldigerklärung hat also in der Regel nur in und mit der Verurteilung des Beklagten in der Hauptsache zu erfolgen. Dasselbe gilt, wenn auch der Beklagte Widerklage auf Scheidung erhoben hat.

Es ist deshalb materiell unzulässig — wenn auch formell (prozessualisch) möglich — daß die Berufung des Beklagten gegen das die Scheidung und das Schuldig aussprechende Urteil, nur auf die Schuldigerklärung beschränkt wird, da ja die Schuldigerklärung die notwendige Folge der Verurteilung in der Hauptsache ist. Kammergericht, U. v. 2. Febr. 1901, R.O. II Nr. 142b.

Hatte der Kläger auf Scheidung geklagt, der Beklagte Widerklage gleichen Inhalts erhoben und ist die Klage abgewiesen, weil der vom Kläger geltend gemachte Scheidungsgrund nicht bewiesen ist, die Ehe aber auf die Widerklage des Beklagten geschieden und der Kläger für schuldig erklärt, so ist dem Antrage des Klägers, auch den Beklagten für schuldig zu erklären, nicht stattzugeben. Es ist insbesondere in solchem Falle für unzulässig erachtet, daß der Kläger dem Beklagten über die Thatsachen, welche den Scheidungsgrund abgeben, den Eid zuschiebt, um durch dieses Beweismittel wenigstens zu erreichen, daß auch der Beklagte für schuldig erklärt werde, weil in dem Falle, wenn auf Scheidung geklagt ist, die Schuldigerklärung nur erfolgen kann, wenn der Scheidungsgrund festgestellt wird und Verurteilung erfolgt, insoweit aber die Eideszuschiebung nach § 617 Abs. 2 C.P.O. unzulässig sei. Reichsgericht, U. v. 11. Nov. 1901. E.R.G. Bd. 49 Nr. 40.

Von der obigen Regel, daß die Schuldigerklärung des Beklagten oder Widerbeklagten auf Antrag des Klägers oder Widerklägers neben der Scheidung, wenn infolge der Klage oder Widerklage die Scheidung durch Urteil ausgesprochen wird, erfolgt, enthält der dritte Absatz des § 1574 Ausnahmen, über deren Tragweite verschiedene Entscheidungen ergangen sind.

Die Frau hat auf Scheidung wegen Ehebruchs geklagt, der Beklagte Widerklage aus gleichem Grunde erhoben, beide haben beantragt, den Gegner für schuldig zu erklären. Die Klage ist abge-

Digitized by Google

wiesen, es ist freilich der Ehebruch festgestellt, aber weiter festgestellt, daß derselbe als verziehen anzusehen ist. Auf die Widerklage ist die Ehe geschieden, beide Teile sind für schuldig erklärt. Es ist angenommen, daß die Vorschrift des § 1574 Abs. 3, nach welcher auf Antrag des „Beklagten" auch der Kläger für schuldig zu erklären ist, auch dann Anwendung zu finden habe, wenn von dem Kläger als dem „Widerbeklagten" beantragt ist, den Beklagten für schuldig zu erklären. Sodann ist ausgeführt, daß eine Schuldigerklärung des Klägers nicht nur dann zu erfolgen habe, wenn der Beklagte überhaupt „keine Widerklage erhoben habe", sondern auch in dem Falle, wenn zwar eine Widerklage erhoben, dieselbe aber aus dem Grunde abgewiesen ist, weil das Recht des Beklagten auf Scheidung durch Verzeihung oder Zeitablauf ausgeschlossen sei. Diesem Fall steht weiter der Fall gleich, daß die Widerklage für begründet und die Klage aus dem angegebenen Grunde abgewiesen wird. Kammergericht, U. v. 27. April 1900, R.O. I Nr. 17. Ebenso O.L.G. Celle, U. v. 5. Jan. 1901, D.R. 1901 S. 73. O.L.G. Dresden, U. v. 12. Mai 1900, D.J. 1900 S. 356.

11. Die Bestimmungen des § 1577 über die persönlichen Be- § 1577.
ziehungen der Ehegatten untereinander, insbesondere das Recht des Mannes, der allein für schuldig erklärten Frau die Weiterführung seines Namens zu untersagen, sind nur anwendbar, wenn die Ehe nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geschieden ist; allein das a. a. O. jeder geschiedenen Frau ohne Unterschied eingeräumte Recht, ihren Familiennamen wieder anzunehmen, ist ein reines Statusrecht, dessen Ausübung, falls nicht positive Bestimmungen entgegenstehen, nach dem jeweilig geltenden Rechte sich richtet. Dieses Recht steht also auch der vor dem 1. Januar 1900 geschiedenen Frau zu. O.L.G. Dresden, B. v. 15. Jan. 1900, R.O. II Nr. 93 b.

Bezüglich des Untersagungsrechtes des Mannes ebenso Kammergericht, B. v. 3. Juni 1901, R.O. III Nr. 7.

12. Der Vater ist verpflichtet, seinen unerwachsenen Kindern §§ 1601-1615.
regelmäßig bis zum Eintritt ihrer eigenen Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren, es fragt sich nur, ob er sich darauf berufen kann, daß er zur Gewährung des Unterhalts ohne Gefährdung seines eigenen standesgemäßen Unterhalts nicht imstande sei und aus solchem Grunde die Kinder mit ihren Ansprüchen auf die der Mutter obliegende Unterhaltspflicht verweisen darf. Die Bestimmung des § 1603 Abs. 2 Satz 2, daß die Verpflichtung der Eltern gegenüber

Digitized by Google

ihren minderjährigen unverheirateten Kindern, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden, nicht eintritt, wenn dieselben ohne Gefährdung ihres eigenen standesgemäßen Unterhalts nicht in der Lage sind, den Unterhalt zu gewähren und ein unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist, kann mit Bezug auf die Mutter der Kinder nicht zu der Befreiung des Vaters von der Unterhaltspflicht führen, weil jene nicht als ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter im Verhältnisse zu ihren und des Mannes gemeinsamen Kindern angesehen werden kann. Der Mann und die (im vorliegenden Falle geschiedene) Frau haften nach §§ 1602 Abs. 2, 1603 Abs. 2 gemeinsam und gleichzeitig und nach § 1606 Abs. 2 auch zu gleichen Teilen für den Unterhalt der gemeinsamen Kinder, soweit nicht die fernere Bestimmung, daß in der Regel der Vater vor der Mutter hafte, und die Mutter nur dann in erstem Falle für den Unterhalt der Kinder einzutreten habe, wenn ihr die Nutznießung an einem Vermögen der Kinder zustehe, Platz greift. Wenn das letztere nicht zutrifft, kann die Fähigkeit der Mutter zur Unterhaltsgewährung niemals zu einer Befreiung des Vaters von der Unterhaltspflicht führen und nur mit Bezug auf die Bemessung der Höhe des vom Vater zu gewährenden Unterhalts in Betracht kommen, sofern die dem Vater zur Verfügung stehenden Mittel zur Gewährung des Unterhalts nicht ausreichen.

Solche Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen unverheirateten unterhaltsbedürftigen Kindern besteht auch im Falle der Gefährdung des eigenen standesgemäßen Unterhalts insoweit, daß dieselben verpflichtet sind, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig zu verwenden, und zwar auch dann, wenn eine häusliche Gemeinschaft zwischen den Eltern nicht besteht. Ist in einem solchen Falle der Unterhalt durch Rente zu gewähren, so erscheint es angemessen, die Verurteilung zur Zahlung einer Rente zunächst bis zum vollendeten 16. Lebensjahre des Kindes zu beschränken. O.L.G. Hamburg, U. v. 11. Febr. 1901, H.G. 1901 Nr. 33 B. Nr. 128, R.O. III Nr. 95.

Nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 ist die Mutter berechtigt, den Unterhalt ihrer minderjährigen ehelichen Kinder insoweit aus dem Stamm des Vermögens ihrer Kinder zu bestreiten, als sie außer stande ist, ihnen ohne Gefährdung ihres eigenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Liegt diese Voraussetzung vor, so hat das Vormundschaftsgericht die nach § 1667 Abs. 2 Satz 4 und § 1668

Digitized by Google

B.G.B. erforderliche Genehmigung zur Herausgabe der hinterlegten Wertpapiere der Kinder, soweit deren Veräußerung notwendig ist, zu erteilen. Der Bestellung eines Pflegers bedarf es dazu nicht, weil es sich nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen Mutter und Kind (§§ 1630 Abs. 2, 1668), sondern lediglich um eine Maßregel der der Mutter kraft der elterlichen Gewalt zustehenden Vermögensverwaltung handelt, zu der infolge der nach § 1667 Abs. 2 Satz 4 getroffenen Anordnung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Dem Vormundschaftsgericht liegt in solchem Falle die Prüfung der Frage ob, ob der Fall des § 1603 Abs. 2 Satz 2 vorliegt und welche Beträge von dem Stammgute der Kinder erforderlich sind. Die dazu erforderlichen Ermittlungen sind nach § 12 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit von Amtswegen anzustellen. Oberstes L.G. f. Bayern, B. v. 5. Juni 1900, S.A. Bd. 56 Nr. 48.

Nach § 1606 Abs. 1 sind Abkömmlinge vor den Verwandten der aufsteigenden Linie unterhaltspflichtig. Diese Pflicht der Abkömmlinge bestimmt sich nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung und dem Verhältnisse der Erbteile. Soweit aber ein Verwandter wegen Leistungsunvermögens (§ 1603) ausscheidet, hat nach § 1607 Abs. 1 der nach ihm haftende Verwandte den Unterhalt zu gewähren.

Die Fassung dieser Vorschriften ist insofern nicht völlig klar, als sie insbesondere nicht ohne weiteres erkennen läßt, in welchem Verhältnisse mehrere zusammentreffende Abkömmlinge in den Fällen zu haften haben, in denen von ihnen einer oder mehrere ganz oder teilweise leistungsunfähig sind.[1])

Es sind drei Auslegungen denkbar:

a) Von mehreren Abkömmlingen hat ein jeder für den Unterhalt schlechterdings nur zu dem Bruchteil aufzukommen, zu dem er gesetzlich erben würde. Dabei werden die Leistungsunfähigen mitgezählt. Den Ausfall trägt der nächstfolgende Verwandte, ist keiner da, so erleidet der Unterhaltsberechtigte den Ausfall. Diese Auslegung verletzt den Grundsatz, daß die Abkömmlinge vor den Verwandten aufsteigender Linie haften. Da solche in dem zur Entscheidung stehenden Falle nicht vorhanden sind, so würde die unterhaltsbedürftige Mutter den Unterhalt von dem Sohne zur Hälfte, von dem Enkel zu einem Sechstel, also im ganzen nur zu zwei Drittel erhalten.

b) Eine andere Auslegung wäre die, daß man das quotale

[1]) In dem zur Entscheidung stehenden Falle sind an Abkömmlingen außer einem Sohne drei Enkel von einem vorverstorbenen Sohne vorhanden, von denen nur einer erwerbsfähig und deshalb leistungsfähig ist.

Digitized by Google

ihren minderjährigen unverheirateten Kindern, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden, nicht eintritt, wenn dieselben ohne Gefährdung ihres eigenen standesgemäßen Unterhalts nicht in der Lage sind, den Unterhalt zu gewähren und ein unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist, kann mit Bezug auf die Mutter der Kinder nicht zu der Befreiung des Vaters von der Unterhaltspflicht führen, weil jene nicht als ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter im Verhältnisse zu ihren und des Mannes gemeinsamen Kindern angesehen werden kann. Der Mann und die (im vorliegenden Falle geschiedene) Frau haften nach §§ 1602 Abs. 2, 1603 Abs. 2 gemeinsam und gleichzeitig und nach § 1606 Abs. 2 auch zu gleichen Teilen für den Unterhalt der gemeinsamen Kinder, soweit nicht die fernere Bestimmung, daß in der Regel der Vater vor der Mutter hafte, und die Mutter nur dann in erstem Falle für den Unterhalt der Kinder einzutreten habe, wenn ihr die Nutznießung an einem Vermögen der Kinder zustehe, Platz greift. Wenn das letztere nicht zutrifft, kann die Fähigkeit der Mutter zur Unterhaltsgewährung niemals zu einer Befreiung des Vaters von der Unterhaltspflicht führen und nur mit Bezug auf die Bemessung der Höhe des vom Vater zu gewährenden Unterhalts in Betracht kommen, sofern die dem Vater zur Verfügung stehenden Mittel zur Gewährung des Unterhalts nicht ausreichen.

Solche Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen unverheirateten unterhaltsbedürftigen Kindern besteht auch im Falle der Gefährdung des eigenen standesgemäßen Unterhalts insoweit, daß dieselben verpflichtet sind, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig zu verwenden, und zwar auch dann, wenn eine häusliche Gemeinschaft zwischen den Eltern nicht besteht. Ist in einem solchen Falle der Unterhalt durch Rente zu gewähren, so erscheint es angemessen, die Verurteilung zur Zahlung einer Rente zunächst bis zum vollendeten 16. Lebensjahre des Kindes zu beschränken. O.L.G. Hamburg, U. v. 11. Febr. 1901, H.G. 1901 Nr. 33 B. Nr. 128, R.O. III Nr. 95.

Nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 ist die Mutter berechtigt, den Unterhalt ihrer minderjährigen ehelichen Kinder insoweit aus dem Stamm des Vermögens ihrer Kinder zu bestreiten, als sie außer stande ist, ihnen ohne Gefährdung ihres eigenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Liegt diese Voraussetzung vor, so hat das Vormundschaftsgericht die nach § 1667 Abs. 2 Satz 4 und § 1668

Digitized by Google

B.G.B. erforderliche Genehmigung zur Herausgabe der hinterlegten Wertpapiere der Kinder, soweit deren Veräußerung notwendig ist, zu erteilen. Der Bestellung eines Pflegers bedarf es dazu nicht, weil es sich nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen Mutter und Kind (§§ 1630 Abs. 2, 1668), sondern lediglich um eine Maßregel der der Mutter kraft der elterlichen Gewalt zustehenden Vermögensverwaltung handelt, zu der infolge der nach § 1667 Abs. 2 Satz 4 getroffenen Anordnung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Dem Vormundschaftsgericht liegt in solchem Falle die Prüfung der Frage ob, ob der Fall des § 1603 Abs. 2 Satz 2 vorliegt und welche Beträge von dem Stammgute der Kinder erforderlich sind. Die dazu erforderlichen Ermittlungen sind nach § 12 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit von Amtswegen anzustellen. Oberstes L.G. f. Bayern, B. v. 5. Juni 1900, S.A. Bd. 56 Nr. 48.

Nach § 1606 Abs. 1 sind Abkömmlinge vor den Verwandten der aufsteigenden Linie unterhaltspflichtig. Diese Pflicht der Abkömmlinge bestimmt sich nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung und dem Verhältnisse der Erbteile. Soweit aber ein Verwandter wegen Leistungsunvermögens (§ 1603) ausscheidet, hat nach § 1607 Abs. 1 der nach ihm haftende Verwandte den Unterhalt zu gewähren.

Die Fassung dieser Vorschriften ist insofern nicht völlig klar, als sie insbesondere nicht ohne weiteres erkennen läßt, in welchem Verhältnisse mehrere zusammentreffende Abkömmlinge in den Fällen zu haften haben, in denen von ihnen einer oder mehrere ganz oder teilweise leistungsunfähig sind.[1])

Es sind drei Auslegungen denkbar:

a) Von mehreren Abkömmlingen hat ein jeder für den Unterhalt schlechterdings nur zu dem Bruchteil aufzukommen, zu dem er gesetzlich erben würde. Dabei werden die Leistungsunfähigen mitgezählt. Den Ausfall trägt der nächstfolgende Verwandte, ist keiner da, so erleidet der Unterhaltsberechtigte den Ausfall. Diese Auslegung verletzt den Grundsatz, daß die Abkömmlinge vor den Verwandten aufsteigender Linie haften. Da solche in dem zur Entscheidung stehenden Falle nicht vorhanden sind, so würde die unterhaltsbedürftige Mutter den Unterhalt von dem Sohne zur Hälfte, von dem Enkel zu einem Sechstel, also im ganzen nur zu zwei Drittel erhalten.

b) Eine andere Auslegung wäre die, daß man das quotale

[1]) In dem zur Entscheidung stehenden Falle sind an Abkömmlingen außer einem Sohne drei Enkel von einem vorverstorbenen Sohne vorhanden, von denen nur einer erwerbsfähig und deshalb leistungsfähig ist.

Digitized by Google

Verhältnis entscheiden läßt, in dem die gesetzlichen Erbteile der leistungsfähigen Abkömmlinge zu einander stehen, im vorliegenden Falle also im Verhältnisse von $^3/_6$ zu $^1/_6$ oder von 3 zu 1, so daß auf den Sohn $^3/_4$, auf den Enkel $^1/_4$ entfallen. Diese Auslegung widerstreitet dem Grundsatze der Erbfolgeordnung nach Stämmen (§ 1924 Abs. 3).

c) Die dritte Auslegung zählt die leistungsunfähigen Abkömmlinge überhaupt nicht mit, so daß im gegebenen Falle der Stammteil der Enkel, also die Hälfte, auf den allein leistungsfähigen Enkel fällt, die andere Hälfte der Sohn trägt.

Die letztere ist für die richtige gehalten, weil sie der Entstehungsgeschichte des Gesetzes entspreche. O.L.G. Dresden, U. v. 5. Dez. 1900. S.A. Bd. 56 Nr. 178.

Ob diese Auslegung mit dem Wortlaute des Gesetzes (§ 1607 Abs. 1) vereinbar ist, muß bezweifelt werden; dem Wortlaute wird allein die erste Auslegung gerecht. Auch kann das Resultat des möglichen Ausfalles der Unterhaltspflicht nicht als unbillig bezeichnet werden. Daß der Grundsatz des § 1606 Abs. 1 Satz 1 durchbrochen wird, ist richtig, aber § 1607 macht eben die Ausnahme.

Der Umfang und die Voraussetzungen der auf Verwandtschaft beruhenden Unterhaltspflicht bestimmt sich vom 1. Januar 1900 ab nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche; denn die Unterhaltspflicht ist eine mit dem Vorhandensein ihrer Voraussetzung von Augenblick zu Augenblick neu erwachsende Pflicht. O.L.G. Marienwerder, U. v. 28. Mai 1900, R.O. I Nr. 287.

Ebenso Oberstes L.G. für Bayern, U. v. 7. März 1900, S.A. 55 Nr. 210, wo insbesondere weiter ausgeführt ist, daß auf die Unterhaltspflicht auch die §§ 1610—1612 Anwendung finden, so daß sich vom 1. Januar 1900 ab die Unterhaltspflicht nach § 1611 Abs. 2 auf den notdürftigen Unterhalt beschränkt, wenn sich der Unterhaltsberechtigte einer Verfehlung schuldig macht, die den Unterhaltspflichtigen berechtigen, jenem den Pflichtteil zu entziehen.

Aus dem Grundsatze, daß die Unterhaltspflicht der Verwandten sich vom 1. Januar 1900 ab nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche regelt, folgt weiter, daß Geschwister, auch bei früherer rechtskräftiger Verurteilung, seit diesem Zeitpunkte nicht mehr unterhaltspflichtig sind. Reichsgericht, B. v. 24. April 1900. S.A. Bd. 56 Nr. 47.

Auch, wenn die Ehe der Eltern vor dem 1. Januar 1900 geschieden war, bestimmen sich die Unterhaltsansprüche der Kinder seit diesem Tage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche; denn, wenn

Digitized by Google

auch nach Art. 206 E.G. z. B.G.B. sich das Recht und die Pflicht geschiedener Eltern, für die Person der Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen bestimmen, so sind Recht und Pflicht der Sorge für die Person und das Vermögen, von denen die §§ 1627 ff., 1684 ff. und 1783 ff. B.G.B. handeln, begrifflich verschieden von der in den §§ 1601 ff. geregelten Unterhaltspflicht. Es hat in jener Bestimmung des Art. 206 E.G. nur bestimmt werden sollen, daß das bisherige Recht insoweit maßgebend bleibe, als es sich darum handelt, welchem Elternteile die Sorge für die Person anzuvertrauen sei, während der Inhalt dieses Rechts sich für die Zeit nach dem 1. Januar 1900 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche richtet. Aus Art. 206 kann also nicht hergeleitet werden, daß für die Entscheidung der Frage, in welchem Umfange das Kind Ansprüche auf Unterhalt gegen seinen Vater zu erheben berechtigt ist, das alte Recht (s. Preuß. A.L.R. §§ 64, 65, 252) und nicht das Bürgerliche Gesetzbuch als maßgebend angesehen werden müsse. Dagegen ergibt sich aus der rechtlichen Natur der auf Verwandtschaft beruhenden Unterhaltspflicht, welche nicht als eine einheitliche, sondern als eine fort und fort sich erneuernde und erst unter dem Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen zur Entstehung gelangende Verbindlichkeit aufzufassen ist, daß für die Beurteilung derartiger Ansprüche, soweit sie für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geltend zu machen sind, lediglich das neue Recht maßgebend sein muß. Reichsgericht, U. v. 30. Okt. 1901. E.R.G. Bd. 49 Nr. 37.

13. Dem Vater steht in erster Linie kraft seiner väterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht zu, für die Person des Kindes zu sorgen, auch dann, wenn das Kind noch im jugendlichen Alter sich befindet, solange nicht die Ehe rechtskräftig geschieden ist, § 1634. Dieses Recht findet seine Beschränkung wegen Mißbrauch nur durch das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666. Nur während des Scheidungsprozesses kann das Prozeßgericht durch einstweilige Verfügung gemäß § 627 C.P.O. andere Anordnungen treffen. O.L. Hamburg, U. v. 14. Juli 1900, H.G. 1901 Nr. 15 B. Nr. 61. §§ 1626-1683

Streitigkeiten der Eltern über die Sorge für die Kinder aus geschiedener Ehe sind im ordentlichen Rechtswege zu erledigen. Hieran ist durch § 1635 Abs. 1 Satz 2 nur die Änderung herbeigeführt, daß das Vormundschaftsgericht von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Anordnungen im Interesse des Kindes

Digitized by Google

treffen kann,[1]) während abgesehen von diesem Falle der Streit der Eltern darüber, wem die Sorge für die Person des Kindes nach den gesetzlichen Folgen der Ehescheidung oder nach einem unter ihnen geschlossenen Vertrage zusteht, und ob ein solcher Vertrag zulässig ist,[2]) vor die ordentlichen Gerichte gehört. O.L.G. Hamburg, B. v. 3. Nov. 1900, H.G. 1901 Nr. 8, B. Nr. 33.

Daß jeder Mutter die Befugnis zusteht, mit ihren Kindern zu verkehren, ist im § 1636 für den Fall der Ehescheidung ausdrücklich anerkannt und zwar selbst dann, wenn nach § 1635 der Mutter die Sorge für das Kind im Sinne von § 1631 völlig entzogen ist. Um so mehr muß der Mutter während der Ehe an sich die Möglichkeit gewährt werden, sich durch eigene Wahrnehmung vom Zustande ihres Kindes Kenntnis zu verschaffen. Es liegt kein Grund vor, die Mutter während der Ehe insoweit schlechter zu stellen als nach der Ehescheidung. Deshalb dürfte auch nicht einmal darauf etwas ankommen, welcher Elternteil die thatsächliche Trennung verschuldet. Aus § 1636 Satz 2, wonach das Vormundschaftsgericht den Verkehr zwischen dem geschiedenen Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, und dem Kinde regeln darf, läßt sich nicht folgern, daß es auch während der Ehe zu einer derartigen Regelung zuständig sei. Zwar behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch die elterliche Gewalt ihrer wesentlichen Grundlage nach als eine vormundschaftliche, der Gewalthaber ist aber bei seiner vormundschaftlichen Fürsorge erheblich freier als der Vormund gestellt, die Aufsicht ist eine beschränktere. Die Ordnung der ehelichen Verhältnisse bei einer Meinungsverschiedenheit der Ehegatten ist nicht nur, wenn sie die Sorge für die Person der Kinder betrifft (§ 1634), sondern überhaupt Sache des Mannes (§ 1354). Einer Entscheidung des Mannes entgegenzutreten, steht dem Vormundschaftsgerichte nur für die Fälle zu, in denen dies vom Gesetze bestimmt ist.

Die zusammengehörigen Bestimmungen der §§ 1635, 1636 haben die Verhältnisse geschiedener Ehegatten im Auge, für welche im Falle von Meinungsverschiedenheiten ein Überwiegen des Vaterrechts gegenüber dem Mutterrecht im Sinne der §§ 1354, 1634 nicht weiter besteht. Damit ist die Erweiterung der vormundschaftlichen Fürsorge über den Rahmen des § 1666 hinaus genügend

[1]) S. O.L.G. Hamburg, U. v. 27. März 1900, R.O. I Nr. 238.

[2]) Für die Zulässigkeit hat sich ausgesprochen das Kammergericht, U. v. 11. Juli 1900, R.O. I Nr. 168.

Digitized by Google

erklärt. Anders liegt die Sache während bestehender Ehe. Die Wahrnehmung des Interesses der Kinder ist, sofern dieses Interesse in der Hand der Eltern oder eines Elternteils gefährdet erscheint, kraft staatlicher Fürsorge dem Vormundschaftsgerichte übertragen, welches von Amtswegen oder auf Antrag einschreiten kann. Wo kein Anlaß zu derartigem Einschreiten vorliegt, vielmehr es sich lediglich um einen Streit der Eltern untereinander in Beziehung auf die Kinder handelt, liegt ein privatrechtliches Verhältnis vor. Der Streit ist im ordentlichen Rechtswege auszutragen. O.L.G. Dresden, B. v. 31. Mai 1901, R.O. III Nr. 17a, S.A. Bd. 56 Nr. 253. Ebenso Kammerger., U. v. 18. April 1901, R.O. II Nr. 178b.

Eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 kann nur getroffen werden, wenn ein schuldvolles Verhalten des Inhabers der elterlichen Gewalt festgestellt wird. Kammerger., B. v. 29. Mai 1901, R.O. III Nr. 1b.

Der Umstand, daß der Vater in den Hausstand, den er mit seinen heranwachsenden Kindern teilt, eine Konkubine aufnimmt und mit ihr in anstoßerregender Weise verkehrt, reicht aus, um sein Verhalten im Sinne des § 1666 als unsittlich und das geistige Wohl seiner Kinder gefährdend erscheinen zu lassen. Kammerger., B. v. 29. Mai 1901, R.O. III Nr. 17b.

Von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt sich der Umfang der Verfügungsmacht des Vaters an dem gesamten Kindergute nach dem neuen Rechte (E.G. z. B.G.B. Art. 203). Bestand bis dahin eine auf Gesetz oder rechtsgeschäftlicher Verfügung des Vaters bestehende Beschränkung, so ist zu prüfen, ob dieselbe auch dem Bürgerlichen Gesetzbuche bekannt ist, und nur im Falle der Bejahung ist sie fortdauernd wirksam, sonst tritt sie außer Kraft. Eine eigene rechtsgeschäftliche Erklärung, auf Grund welcher solche Beschränkung herbeigeführt werden soll, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, es kennt vielmehr nur solche Anordnungen Dritter, soweit Zuwendungen in Betracht kommen (§§ 1638, 1639). Es zwingt insbesondere den Vater nicht, das Muttererbe seiner Kinder auf seinen Grundstücken eintragen zu lassen und sich damit in seiner Verfügungsgewalt zu binden (§ 1669). Daraus ergibt sich gemäß Art. 203 E.G. z. B.G.B., daß nach dem 1. Januar 1900 eine solche Bindung gelöst wird und der Vater den nach früherem Rechte den Kindern zur besonderen Sicherheit verschriebenen Kapitalien, sofern die Sicherung auf seinem eigenen Rechtsakte beruht, nicht anders

Digitized by Google

gegenüber steht, wie den sonstigen Kapitalien. Das neue Recht erweitert seine bisher beschränkte Verfügungsmacht, und es ist unerheblich, daß die Beschränkung auf einen Erbrezeß zurückzuführen ist. Nur das entscheidet, daß sie sich — ebenso oder wenigstens entsprechend — nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche findet, und der Vater am Kindesvermögen vom Inkrafttreten dieses Gesetzbuches ab nur diejenigen Rechte, aber auch alle diejenigen Rechte hat, welche ihm dasselbe gewährt. Kammerger., B. v. 9. April 1900, S.A. Bd. 55 Nr. 211. S. auch Kammergericht, B. v. 27. Juli 1900, R.O. II Nr. 184 g.

Nach § 1707 (1631) hat die Mutter das Recht, ihr uneheliches Kind bei sich in Pflege zu haben, und nach § 1838 darf das Vormundschaftsgericht ihr dieses Recht nur dann entziehen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen. Hierzu genügt aber eine auf Mißbrauch der Sorge für die Person des Kindes zurückzuführende Gefährdung des Wohls des Kindes, und ein solcher Mißbrauch kann auch in dem Verlangen der Mutter gefunden werden, das Kind in eigene Pflege zu bekommen, wenn sie außer stande ist, ihm die notwendige Pflege zu teil werden zu lassen, oder es gegen die Mißhandlungen zu schützen, die ihm vom Manne der Mutter drohen. Oberstes L.G. f. Bayern, B. v. 4. Okt. 1900, R.O. II Nr. 55 b, B.R.A. 1901, S. 37.

Das Recht der unehelichen Mutter auf die persönliche Fürsorge für ihr Kind steht ihr selbst zu, es ist nicht ein Ausfluß der gesetzlichen Vertretung des Kindes, wird auch durch die Bestellung eines Pflegers für das Kind nicht berührt. L.G. Hamburg, U. v. 14. Juni 1900, H.S. 1900 Nr. 32, B. Nr. 116.

§§ 1778-1921. 14. Nach § 1800 (1631) hat der Vormund das Recht und die Pflicht, den Mündel zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts ist nur zulässig, wenn der Vormund *pflichtwidrig* handelt. Wird dem Vormund das Mündel von einem Dritten vorenthalten, so hat der Vormund den Anspruch auf Herausgabe des Mündels im Wege der Klage zu verfolgen.[1]) Weigert sich das Mündel, den Anordnungen des Vormundes Folge zu leisten so hat das Vormundschaftsgericht Beistand zu leisten und die erforderlichen Anordnungen zu treffen, gegebenenfalls die Polizeibehörde um die Vollziehung derselben zu ersuchen. Kammerger., B. v. 24. Juli 1900, R.O. I Nr. 224.

[1]) S. auch Kammerger., U. v. 22. März 1901, R.O. II Nr. 178 a.

Digitized by Google

Wenngleich im § 1910 die Unfähigkeit einer Person zur Besorgung einzelner Angelegenheiten oder eines bestimmten Kreises von Geschäften der allgemeinen Unfähigkeit zur Besorgung aller Angelegenheiten gegenüber gestellt wird, so rechtfertigt das nicht den Schluß, daß eine Pflegschaft aus § 1910 nur für geschäftsfähige Personen eintreten kann, daß aber ein nach § 104 Z. 2 B.G.B. geschäftsunfähiger Geisteskranker, auch wenn die Besorgung einer einzelnen Angelegenheit seine Vertretung erforderlich macht, stets entmündigt und unter Vormundschaft gestellt werden muß. Solange ein Antrag auf Entmündigung nicht gestellt ist, kann auch ein Geisteskranker zur Besorgung einzelner Angelegenheiten oder eines bestimmten Kreises von Geschäften einen Pfleger erhalten und zwar ohne seine Einwilligung, weil eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist. Kammerger., B. v. 4. Sept. 1900, R.O. I Nr. 197.

Die Anordnung einer Pflegschaft nach § 1910 Abs. 2 ist nur zulässig, wenn ein geistlich Gebrechlicher infolge seines Gebrechens zur Besorgung einzelner seiner Angelegenheiten oder eines bestimmt abgegrenzten Kreises derselben unfähig ist, unzulässig dagegen, wenn er zur Besorgung seiner Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit außer stande ist. Im letzteren Falle bildet die Entmündigung den einzigen zulässigen Weg, eine Vertretung des Geisteskranken zu schaffen. Das erhellt aus der Wortfassung „geistige Gebrechlichkeit" und aus der Entstehungsgeschichte, insbesondere aus der Denkschrift zur Reichstagsvorlage (S. 251 f.), wo es heißt: „Grundsätzlich ist eine Vormundschaft gegenüber einem Volljährigen nur zuzulassen, wenn er entmündigt ist. Eine vorläufige Vormundschaft kann eintreten, wenn die Entmündigung beantragt ist. Die Anordnung einer Pflegschaft wegen Schutzbedürftigkeit einer volljährigen Person ist dagegen unter bewußter Ablehnung einer allgemeinen Vorschrift, wie sie § 90 der Preuß. Vorm.O. enthält, nur in den besonderen Fällen des § 1910 statthaft ... Was im Gegensatz zu dem körperlichen Gebrechen die geistigen Gebrechen anlangt, so ist, wenn durch solche ein Volljähriger an der Besorgung seiner gesamten Angelegenheiten behindert ist, der Fall der Entmündigung und die Anordnung einer Vormundschaft gegeben. Nur wenn die geistigen Gebrechen von der Art sind, daß der Gebrechliche nur einzelne seiner Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, erhält er gleichfalls einen Pfleger."

Gegenüber dieser klaren, jeden Zweifel ausschließenden Absicht des Gesetzgebers, der der Wortlaut des Gesetzes entspricht, kann

Digitized by Google

man nicht mit Zweckmäßigkeitsgründen operieren. Solche Gründe werden überwogen durch höhere Gesichtspunkte und können nicht dazu führen, in das Gesetz einen Sinn hineinzutragen, den dasselbe ausgesprochenermaßen nicht haben will.

Das Gesetz will aber, daß eine geisteskranke oder geistesschwache Person nur im Wege des Entmündigungsverfahrens entmündigt werden kann. Dieses Verfahren ist in anbetracht des folgenschweren Eingriffs in die Rechtssphäre einer Person mit allen möglichen Kautelen umgeben, um zu verhüten, daß damit Mißbrauch getrieben werde, oder daß dabei Übereilungen vorkommen. Folgerichtig muß das Gesetz auch fordern, daß ein derartiger, die Selbständigkeit der Rechtspersönlichkeit eines Menschen bedrohender Eingriff thunlichst nur auf diesem Wege vorgenommen werde, daß solches Verfahren nicht durch das einfachere aber weniger schützende Verfahren einer dem Ermessen der Vormundschaftsbehörde unterliegenden Schutzlosigkeitserklärung in Form der Anordnung einer Pflegschaft umgangen werde. Dieser Weg ist deshalb ausnahmsweise nur dann zulässig, wenn das vorliegende geistige Gebrechen die Handlungsfähigkeit nur partiell beeinflußt, also noch nicht in den Zustand der Geisteskrankheit oder allgemeinen Geistesschwäche übergegangen ist, die ihn zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten unfähig machen. L.G. Hamburg, B. v. 5. Okt. 1900, H.G. 1901 Nr. 8, B. Nr. 32.

Ich glaube, die vorstehend entwickelte Ansicht bewegt sich in einem circulus vitiosus. B.G.B. § 6 sagt: „Entmündigt *kann* werden, wer infolge von Geisteskrankheit oder Geistesschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag." § 1910 sagt: „Ein Volljähriger, der nicht unter Vormundschaft steht, kann einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten, wenn er infolge körperlicher Gebrechen, insbesondere weil er taub, blind oder stumm ist, seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag.

„Vermag ein Volljähriger, der nicht unter Vormundschaft steht, infolge geistiger oder körperlicher Gebrechen *einzelne* seiner Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten, insbesondere seine Vermögensangelegenheiten, nicht zu besorgen, so kann er für diese Angelegenheiten einen Pfleger erhalten."

Der Unterschied zwischen dem ersten und zweiten Absatze liegt zunächst in dem Umfange der Pflegschaft, jene kann für die Person und das Vermögen im allgemeinen, diese nur für einzelne Angelegenheiten oder für einen Kreis von Angelegenheiten angeordnet werden.

Digitized by Google

Der Unterschied zwischen der Entmündigung und der Anordnung einer Pflegschaft ist ein erheblicher, jene nimmt dem Kranken die Geschäftsfähigkeit oder beschränkt dieselbe, diese läßt die Geschäftsfähigkeit unberührt.

Für die Frage, ob jemand zu entmündigen ist, genügt es nicht festzustellen, daß er geisteskrank oder geistesschwach ist, es muß weiter festgestellt werden, daß er infolge dieses Zustandes seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Dies kann nur im Entmündigungsverfahren geschehen.

Die Anordnung einer Pflegschaft wegen geistiger Gebrechen beschränkt sich aber auf den Fall, daß für die Besorgung einzelner Angelegenheiten eine Fürsorge erforderlich ist. In welchem Grade der geistige Normalzustand affiziert ist, ist dafür gleichgültig. Die richterliche Kognition beschränkt sich auf die Feststellung des Bedürfnisses, ein Eingehen auf die Frage, ob Geisteskrankheit in dem oben bezeichneten Grade vorliegt, ist schon deshalb auszuschließen, weil diese Frage nur im Entmündigungsverfahren bejaht oder verneint werden kann.

Aus solchen Gründen ist der oben dargelegten Ansicht des Kammergerichts (S. 221) beizutreten.

Die Anordnung einer Pflegschaft nach § 1913 ist nur zulässig, wenn das Interesse des unbekannten oder ungewissen Beteiligten dies erfordert, sie ist nicht zulässig, wenn ein bekannter Beteiligter solche nur in seinem Interesse begehrt. Kammerger., B. v. 8. Okt. 1900, R.O. I Nr. 236, B. v. 4. März 1901, R.O. II Nr. 148a.

Die Anordnung einer solchen Pflegschaft ist auch als Deszendenzpflegschaft zulässig, wenn es sich um die Wahrung der Erbrechte der Nachkommenschaft einer bestimmten Person handelt. Kammerger., B. v. 11. Febr. 1901, R.O. II Nr. 138b.

Anmerkung. In meiner Zeitschriftenschau H. 1 S. 57 habe ich zu § 571 B.G.B. als Quintessenz des Rönnbergschen Aufsatzes angegeben, daß die Kündigung nicht an den Erwerber, sondern an den Vermieter gerichtet werden muß. Nach Rönnberg kann aber sowohl dem Käufer, als auch dem Vermieter gekündigt werden. Dies zur Berichtigung. Auf die Frage selbst werde ich im nächsten Heft eingehen. Binder.

Digitized by Google

XIII.

Zur Frage der Haftpflicht.

Von

Professor Dr. **Fr. Bernhöft.**

1. Haftpflichtversicherung.

Die große Ausdehnung, welche die Haftpflicht durch die Gesetzgebung unserer Zeit und noch neuerdings wieder durch das Bürgerliche Gesetzbuch angenommen hat, hat die Versicherung dagegen zu einem dringenden Bedürfnis gemacht. Während früher gegen derartige Versicherungen in weiten Kreisen des Publikums eine entschiedene Abneigung herrschte, gilt es heute fast als Pflicht eines guten Hausvaters, daß er sich gegen die mannigfaltigen Schadensersatzansprüche deckt, in die er als Hausbesitzer, als „Tierhalter", als Dienstherr verwickelt werden kann. Beamte nehmen es geradezu als eine Art Recht in Anspruch, daß sie von dem Staate oder der Gemeinde, die sie angestellt hat, gegen die Haftung für Versehen, die sie im Amte begehen, gesichert werden, und in neuerer Zeit macht sich namentlich unter den deutschen Lehrern eine weit verbreitete und kräftig betriebene Agitation zu diesem Zwecke geltend.

So richtig der Gedanke an sich ist, so wenig läßt sich verkennen, daß das Verlangen nach Versicherung gegen Haftpflicht infolge der Unkenntnis der juristischen Natur der Haftpflicht häufig übertrieben wird. Der regelrechte Grund der Haftpflicht ist das Verschulden d. h. ein Verhalten, wie es eben ein sorgsamer Hausvater vermeidet, und es erscheint daher zunächst als ein Widerspruch in sich selbst, wenn gerade ein sorgsamer Hausvater die Haftpflicht-

Digitized by Google

versicherung für geboten hält. Und noch seltsamer erscheint es von diesem Gesichtspunkte, wenn ein Beamter von dem Staate oder der Gemeinde, denen er zu gewissenhafter Erfüllung seiner Amtspflichten verbunden ist, verlangt, daß sie ihn gegen die Folgen einer Verletzung derselben sicher stellen.

Grundsätzlich gerechtfertigt ist die Versicherung nur, wo eine Haftpflicht ohne Verschulden eintreten kann.

Diese Voraussetzung ist von vornherein gegeben, wo das Gesetzbuch selbst von jedem Verschulden absieht, also namentlich in dem Fall des § 833 (Haftung für den durch Tiere angerichteten Schaden), § 833.
ferner wenn es sich um die Erfüllung vertragsmäßiger Verbindlichkeiten handelt, weil der Schuldner hier unbedingt für jedes Versehen der Personen einsteht, deren er sich zur Erfüllung seiner Pflichten bedient. Ein beschäftigter Rechtsanwalt kann z. B. nicht alles, was er zu thun hat, in Person erledigen, sondern muß sich in vielen Beziehungen auf sein Personal verlassen. Die größte Sorgfalt schützt ihn nicht unbedingt gegen die Möglichkeit, daß in seinem Geschäftsbetriebe irgend ein Versehen vorkommt.

Ferner läßt sich nicht verkennen, daß das Gesetz bisweilen An- § 618.
forderungen stellt, für deren Erfüllung der Verpflichtete zwar juristisch haftet, thatsächlich aber unmöglich einstehen kann. Wenn z. B. der Dienstberechtigte Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften in tadellosem Zustande einzurichten und zu unterhalten hat, so sind die wenigsten Dienstherrn im stande, dies in Person zu besorgen. Trotzdem wird ihnen juristisch jeder Fehler als Verschulden angerechnet. Und ebenso ist — um noch ein Beispiel aus einem ganz anderen Gebiete anzuführen — ein Grundbuchrichter, häufig durch die Geschäftslage gezwungen, sich in Bezug auf die Korrektheit von Ausfertigungen auf den Sekretär zu verlassen. Ein Versehen, das diesem unterläuft und von ihm nicht bemerkt wird, hat er juristisch zu vertreten, aber thatsächlich wird niemand zweifeln, daß ein Unfall vorliegt, den auch der sorgsamste Beamte nicht unter allen Umständen vermeiden kann. Das Verlangen des Beamten, gegen eine derartige Haftung sicher gestellt zu werden, ist keineswegs unberechtigt. In Wirklichkeit handelt es sich nicht um Verschulden, sondern um Gefahren, wie sie ein Geschäftsbetrieb dieser Art seiner Natur nach mit sich bringt.

Endlich ist auch nicht die Gefahr zu leugnen, daß jemand, abgesehen von solchen besonderen Gründen, infolge übermäßiger Strenge des Richters bei Beurteilung der Schuldfrage ohne wirk-

Digitized by Google

liches Verschulden zur Haftung herangezogen werden kann. Ein Hausbesitzer ist in den seltensten Fällen im stande, alles, was von ihm in dieser Eigenschaft verlangt wird, persönlich zu thun. Das Streuen bei Glatteis kann er z. B. nicht selbst besorgen, meistens, weil er eben noch anderes zu thun hat, nicht einmal selbst überwachen. Er muß sich also anderer Personen bedienen, und der Richter wird sehr geneigt sein, ihn gegebenenfalls für deren Versehen verantwortlich zu machen. Hier ist in erster Linie darauf hinzuwirken, daß die Rechtsprechung sich in dem Rahmen der wirklichen gesetzlichen Bestimmungen hält. Wenn das Streuen unterbleibt oder nicht ordnungsmäßig geschieht, so ist freilich die Polizeistrafe verwirkt, weil diese ohne Rücksicht auf Verschulden eintritt. Handelt es sich aber um die Schadensersatzpflicht, so steht dem Hausbesitzer bezüglich des Versehens seiner Gehülfen oder Angestellten der Entschuldigungsbeweis offen, und dieser ist gelungen, wenn feststeht, daß er die Erfüllung der Pflicht Personen übertragen hat, die an sich dazu geeignet waren. Freilich mag sich auch hier noch bei dem Schwanken der Rechtsprechung unter den gegenwärtig obwaltenden Verhältnissen für den sorgsamen Hausvater eine Versicherung empfehlen.

Aber gerade das neuerdings am allerdringendsten gestellte Verlangen der Lehrer nach einer Haftpflichtversicherung durch den Staat bez. die Gemeinden wird durch diese Erwägungen in keiner Weise gerechtfertigt. Dem Lehrer sind keine Pflichten auferlegt, für deren Erfüllung er nicht einstehen könnte, und wo dies etwa der Fall wäre, würde ein Fehler in der Organisation der Schule vorliegen, für den er nicht haftbar gemacht werden kann. Ein tüchtiger und gewissenhafter Lehrer hat also die Haftpflicht von Rechts wegen nicht zu fürchten, und soviel dem Schreiber dieses bekannt ist, sind auch keine Fälle vorgekommen, in denen die Haftpflicht durch Richterspruch in ungerechtfertigter Weise ausgedehnt worden wäre.

Übrigens darf nicht unerwähnt bleiben, daß die Sicherung, die die Haftpflichtversicherung bietet, vielfach vom Publikum sehr erheblich überschätzt wird. Fast alle Gesellschaften haben die Bestimmung, daß sie regelmäßig nur zahlen, wenn in einem Prozesse eine Verurteilung erfolgt, und daß der Versicherte für diesen Prozeß einem von ihm bezeichneten Rechtsanwalte Vollmacht erteilen muß. Das Verhalten des Versicherten wird also notwendig in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung erörtert, was ihm in vielen Fällen recht unerwünscht sein wird. Bei schweren Fällen, nament-

Digitized by Google

lich wenn der Tod eines Menschen erfolgt ist, kann dadurch ein Strafverfahren veranlaßt werden, dessen Folgen die Versicherungsgesellschaft natürlich nicht auf sich nimmt. Der Beamte hat außerdem ein Disziplinarverfahren zu fürchten, das unter Umständen zur Amtsentsetzung führen kann. Deshalb wird gerade in schwereren Fällen der Versicherte oft sehr triftige Gründe haben, auf die Versicherung ganz zu verzichten und die Angelegenheit durch Vergleich abzumachen.

Endlich wird vom großen Publikum meist nicht genügend beachtet, daß die Versicherungssumme in der Regel der Höhe nach begrenzt ist. Die Grenze pflegt zwar anscheinend ziemlich hoch zu sein. Wenn aber die Ersatzpflicht, wie häufig, zur Zahlung einer lebenslänglichen Rente führt, so wird von der Maximalsumme eine Rente für die Lebensdauer des Beschädigten berechnet, und diese reicht keineswegs immer aus, die geschuldete Rente zu decken. Den Überschuß, der sehr beträchtlich sein kann, hat dann der Versicherte zu tragen. Wer seine Versicherungsbedingungen aufmerksam liest, wird oft finden, daß er zwar gegen geringere Schadensersatzansprüche, die er zur Not selbst tragen könnte, genügend gesichert ist, aber gerade nicht gegen solche, die ihn in seiner ganzen wirtschaftlichen Existenz ruinieren würden.

2. Haftpflicht der Hausbesitzer.

Man kann in unserem Rechtsleben gegenwärtig beobachten, daß gerade in Kreisen von Nichtjuristen überspannte Vorstellungen von der Ausdehnung der Haftpflicht herrschen, während sich bei den Gerichten eine rückläufige Strömung geltend macht, die bestrebt ist, die Haftpflicht in ihre vom Gesetz gezogenen Grenzen einzudämmen:

Ein Fall, der in der deutschen Versicherungs-Zeit. Jahrg. 43, § 831. Nr. 28 S. 205 berichtet wird, ist dafür besonders lehrreich.

Jemand hatte sich, weil vor einem Hause bei Glatteis nicht genügend gestreut worden war, den Oberarm gebrochen. Der Hausbesitzer war bei der Haftpflichtversicherungs-Gesellschaft Berliner Grundbesitzer versichert, und hatte auf deren Verlangen [1]) einen Vertrag mit einem sog. Hausreiniger, der ihm von der Gesellschaft

[1]) In einer späteren Erwiderung bestreitet die Gesellschaft, daß sie ihren Versicherten solche Verträge zur Pflicht gemacht habe. Für die juristische Beurteilung ist dies ohne Belang.

Digitized by Google

zugewiesen war, abgeschlossen. In § 7 des Hausreinigervertrages hatte der Hausreiniger den Ersatz für entstandene Schäden übernommen. Die Klage des Verletzten gegen den Hausbesitzer auf Ersatz wurde in einem Urteil, dessen Begründung leider nicht genauer angegeben wird, abgewiesen.

Der Einsender knüpft daran folgende Ausführung:

„Sollten die also geschilderten Verhältnisse den Thatsachen entsprechen, so stehen wir nicht an, ein derartiges Vorgehen als geradezu unerhört zu bezeichnen. Die Hausreiniger sind immer, oder doch wenigstens in den meisten Fällen, solche Leute, die gar nicht in der Lage sind, irgendwelchen, geschweige denn einen auch nur einigermaßen bedeutenderen Schaden zu ersetzen.

... Die Haftpflichtversicherungs-Gesellschaft aber, die eine derartige Handlungsweise ihren Versicherten vorschreibt, wird lediglich die Prämien einheimsen und Schäden kaum zu regulieren haben. Da wird dann mit Recht gefragt, wie neulich in einer hiesigen Tageszeitung in einem „Eingesandt", wozu denn eigentlich die Haftpflichtversicherung da sei? ... Wir halten derartige Bestimmungen, wie die im § 7 des Hausreinigervertrages enthaltenen für gänzlich unzulässig, denn sie wälzen die gesetzliche Schadensersatzpflicht auf Leute ab, die dieser zu genügen gänzlich außer stande sind, so daß die Geschädigten leer ausgehen müssen. Hier muß unter allen Umständen Wandel geschafft werden."

Für den Juristen steht zunächst außer Zweifel, daß § 7 des sog. Hausreinigervertrages für den Geschädigten gänzlich gleichgültig ist. Er begründet lediglich eine Verpflichtung des Hausreinigers gegen den Hausbesitzer, kann aber natürlich nicht die Schadensersatzpflicht, die dieser gegen den Geschädigten hat, auf den Hausreiniger übertragen. Dagegen hat das Gericht offenbar angenommen, daß der Hausbesitzer, indem er eine an sich geeignete Person zum Streuen verpflichtete, alle ihm obliegende Sorgfalt beobachtet hat, und daher nicht haftbar gemacht werden kann. Übertragen muß er die Erfüllung der in Frage stehenden Pflichten, da er sie nur in den allerseltensten Fällen in Person erfüllen kann, und er hat gewiß die erforderliche Sorgfalt bei der Auswahl nach B.G.B. § 831 beobachtet, wenn er mit der von der Gesellschaft aufgestellten Person den Vertrag abschloß, sofern nicht etwa besondere Umstände vorlagen, die sie als ungeeignet erscheinen ließen. Das Gericht konnte also, wenn der Fall wie vorgetragen lag, gar nicht anders entscheiden. Auch ist es gewiß keine Unbilligkeit, daß der Hausbesitzer sich durch

Digitized by Google

Beobachtung aller erforderlichen Sorgfalt von der Haftung für Unglücksfälle, die etwa trotzdem eintreten, freimacht. Der Einsender übersieht, daß er nach Recht und Billigkeit nicht für jeden Unfall ohne Unterschied, sondern nur für einen von ihm verschuldeten Unfall haften soll.

Ebensowenig ist der Gesellschaft ein Vorwurf zu machen, wenn sie dafür sorgt, daß die bei ihr versicherten Hausbesitzer ihre Pflicht in einer bestimmt vorgeschriebenen Art erfüllen, und damit die Haftpflicht möglichst vermeiden. Wenn die Gesellschaft dadurch ihre eigene Ersatzpflicht verringert, so ist das durchaus im Sinne des Versicherungsvertrages. Die in dem erwähnten „Eingesandt" gestellte Frage, wozu die Haftpflichtversicherung „da ist", läßt sich sehr einfach beantworten: zur Sicherung der Hausbesitzer gegen Schadensersatzansprüche. Und diesen Zweck scheint gerade die Berliner Gesellschaft in mustergültiger Weise zu erreichen.

Ein Wandel, wie ihn der Einsender erwünscht, könnte nur in der Weise geschaffen werden, daß man die Haftpflicht der Hausbesitzer für Unfälle etwa so, wie es im B.G.B. § 833 geschehen ist, zu einer unbedingten d. h. von jeder Verschuldung unabhängigen macht. Das liegt aber gewiß nicht in der Billigkeit.

3. Haftpflicht der Gemeinden für Wege und Straßen.

In der Rechtspflege wird gegenwärtig allgemein angenommen, § 823
daß Gemeinden verpflichtet sind, ihre Wege und Straßen in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten und andernfalls für den entstehenden Schaden haftbar werden. Auch hier handelt es sich aber natürlich wieder nicht um Haftung für Unfall, sondern um Haftung für Verschulden. Und ob Verschulden vorliegt, ist unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden.

Nach der obengenannten Zeitung Nr. 4 S. 25 war der Kaufmann Paul B. in Magdeburg bei einem Ritt über den Breitenweg in Magdeburg auf dem Asphalt zwischen den Schienen der elektrischen Pferdebahn infolge von Glatteis mit seinem Pferde gestürzt. Auf seine Klage gegen die Stadt Magdeburg hat das Landgericht verurteilt, das Oberlandesgericht und das Reichsgericht aber auf Freisprechung erkannt.

Eine Polizeiverordnung über Beseitigung von Glatteis auf öffentlichen Straßen besteht in Magdeburg nicht. Im übrigen nahm das Oberlandesgericht an, daß die Verpflichtung der Gemeiden zur

Digitized by Google

Instandhaltung der Straßen sich nur auf das erstreckt, was nach vernünftiger Einsicht und nach Maßgabe der örtlichen Verhältnisse erforderlich ist, um eine Gefahr für das Publikum zu verhüten, und keineswegs dahin geht, jedwedem Hindernis, auch wenn seine Wirkung eine zeitlich kurz bemessene und vorübergehende ist, entgegenzutreten. Das Reichsgericht hat diese Auffassung bestätigt. Der Einsender schließt mit Recht: „Dieses Urteil wird klärend und beruhigend wirken in einer Zeit, in der man gewiß ist, aus jedem Fall eine Haftpflicht zu konstruieren."

§ 276. Es läßt sich freilich nicht leugnen, daß zu dieser Neigung zur übermäßigen Ausdehnung der Haftpflicht das Gesetzbuch selbst die Veranlassung gibt, wenn es in § 276 die Beobachtung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" verlangt. Denn wenn irgend ein Schade geschehen ist, so wird man bei rückwärts schauender Betrachtung in den weitaus meisten Fällen finden, daß er durch irgend eine vorher getroffene Maßregel hätte verhindert werden können, und es liegt dann der Schluß nahe, daß diese Maßregel eben „im Verkehr erforderlich gewesen sei". Die Frage, ob eine solche Maßregel dem in Anspruch Genommenen billigerweise überhaupt zugemutet werden konnte, erscheint bei wörtlicher Auslegung des Gesetzes völlig gleichgültig.

Nun liegt es auf der Hand, daß es überhaupt unmöglich ist, im voraus alle Maßregeln zu treffen, die unter Umständen geeignet sein können, jede erdenkliche Gefahr abzuwenden. Die einzelne Maßregel, die im vorliegenden Falle die Gefahr abgewendet haben würde, wird freilich bei rückschauender Betrachtung meist als möglich erscheinen, aber alle Maßregeln, die sich nachträglich als geeignet zur Abwendung irgend einer Gefahr herausstellen können, im voraus zu treffen, ist völlig ausgeschlossen. Sie müssen demnach unterbleiben, und wenn infolgedessen ein Schade geschieht, so liegt Unfall und nicht Verschulden vor.

Das Oberlandesgericht hat sich daher mit Recht nicht an den Wortlaut des Gesetzes gehalten. Es greift — genau betrachtet — wieder auf den römischen Begriff der diligentia boni patris familias zurück, der auch den Kernpunkt der Frage viel besser trifft als die in unserem Gesetzbuch gegebene Legaldefinition. Es kommt darauf an, ob ein in jeder Beziehung sorgfältiger Mann nach den jetzt herrschenden Anschauungen eine derartige Maßregel für erforderlich gehalten haben würde.

Digitized by Google

4. Operationspflicht des durch Unfall Geschädigten.

Die Frage, ob eine durch einen Unfall verletzte Person, die Anspruch auf Schadensersatz macht, verpflichtet ist, sich zur Abwendung oder Verringerung des Schadens einer Operation zu unterziehen, ist in neuerer Zeit mehrfach aufgeworfen worden. Sie ist auch für das bürgerliche Recht von Interesse. § 254 Abs. 2.

Zweifellos kommt für dieses § 254 Abs. 2 in Betracht, wonach die Ersatzpflicht sich mindert oder ganz entfällt, wenn der Beschädigte „es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern". Fischer und Henle in ihrem Kommentar (zu § 254 A. 6) interpretieren mit Recht: „schuldhaft unterlassen hat".

Daran knüpft sich dann aber die weitere Frage, unter welchen Umständen in der Verweigerung einer Operation ein Verschulden liegt, insbesondere, wenn die Operation, wie es meistens der Fall sein wird, aus Furcht vor Todesgefahr, vor Schmerzen, vor längerem Krankenlager verweigert wird.

Mit dem Maßstab der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" ist gar nichts anzufangen, denn der Verkehr erfordert es überhaupt nicht, daß jemand sich operieren läßt, um sich selbst einen Schaden zu ersparen oder einem anderen geringere Kosten für Schadensersatz zu machen. Von diesem Gesichtspunkte aus ist keine Grenze zu ziehen, wann die Operation noch ohne nachteilige Folgen verweigert werden darf. Es bleibt daher nichts übrig, als die Handlungsweise eines vernünftigen Menschen zum Maßstabe zu machen d. h. im Grunde die römische diligentia boni patris familias. So thun es z. B. Fischer u. Henle a. a. O. A. 6 und ebenso auch der Verf. eines in der D. Vers.-Z. Jahrg. 43 Nr. 7 S. 42 veröffentlichten Aufsatzes.

Es kommt also darauf an, wie sich nach der bei uns herrschenden Auffassung ein sorgsamer, seiner Verantwortlichkeit voll bewußter Mann unter Abwägung von dem erwarteten Vorteil und der zu fürchtenden Gefahr entschieden haben würde, wenn er selbst den Schaden zu tragen gehabt hätte. Denn mehr, als jemand bei gewissenhafter Überlegung im eigenen Interesse thun würde, kann man von ihm auch nicht im fremden Interesse verlangen.

Natürlich entfällt bei Verweigerung der Operation ohne genügenden Grund, selbst wenn durch die Operation der Schade vollständig gehoben werden könnte, nicht ohne weiteres jeder Schadens-

Digitized by Google

ersatzanspruch, da nunmehr § 254 Abs. 1 zur Anwendung kommt. Nur in dem verhältnismäßig seltenen Falle, daß für die Weigerung überhaupt kein Grund vorliegt, dürfte der Richter zur völligen Abweisung jedes Anspruches für die Zukunft gelangen, bei Weigerung aus übertriebener Ängstlichkeit, selbst aus Bequemlichkeit wird immer nur eine Minderung des Anspruches die Folge sein, und das Maß derselben wird sich nach den näheren Umständen bestimmen.

Digitized by Google

XIV.

Sprechsaal.

Antworten (vgl. Heft 1 S. 81 ff.).

1.

Der betreffende Fall hat sich noch unter gemeinem Recht zugetragen und ist vor dem Landgericht Kiel zur Entscheidung gekommen. Auf die Klage des Sortimentsbuchhändlers wurde der Verleger zur Rückzahlung des Preises verurteilt. Der Rechtsstreit drehte sich vorzugsweise um die Frage, ob die Mängelrüge nach H.G.B. § 347 rechtzeitig erfolgt sei. Das erste Gericht hatte abgewiesen, weil es sie als verspätet ansah, während das zweite Gericht sie für rechtzeitig erklärte. In dieser Beziehung interessieren die Entscheidungsgründe hier weiter nicht.

In Bezug auf den Mangel selbst führte das L.G. aus: Nach gemeinem Recht „hat der Verkäufer — und zwar nach richtiger Ansicht auch beim Genuskaufe — für solche Mängel der Kaufsache zu haften, die die Brauchbarkeit derselben erheblich beeinträchtigen." „Es handelt sich also nicht um Schönheitsfehler, sondern um solche Mängel, die namentlich einer raschen Orientierung des operierenden Arztes entgegenstehen. Hierdurch wird aber die Brauchbarkeit des ganzen Werkes erheblich beeinträchtigt, denn von demselben bilden, wie auch aus der Vorrede hervorgeht, die Abbildungen einen sehr wesentlichen Teil."

In dem Erkenntnis ist übersehen, daß, wenn wirklich ein Gattungskauf vorliegt, es sich hier nicht um Mängel der einzelnen gelieferten Sache, sondern um Mängel der ganzen Gattung handelt. Nur auf die ersteren finden die ädilicischen Rechtsmittel Anwendung. Wie sich die Frage für Mängel, die der ganzen Gattung gemeinsam sind, nach gemeinem Recht stellt, kann allerdings zweifelhaft sein, ist vorliegendenfalls aber ohne Belang. Nach Handelsrecht und ebenso jetzt nach B.G.B. (§ 243) ist die Haftung des Verkäufers zu verneinen, da dieser nur verpflichtet ist, Waren mittlerer Art und Güte zu liefern. Dieser Verpflichtung entspricht die Lieferung natürlich, wenn die gelieferte

Digitized by Google

Sache einen Mangel hat, den alle anderen Sachen der betreffenden Gattung ebenfalls haben.

Die Regel entspricht im allgemeinen der Billigkeit, denn der Käufer einer Gattungssache hat sich über Vorzüge und Mängel der betreffenden Gattung selbst zu unterrichten, und gerade bei Büchern wird ihm nach einer allgemein verbreiteten Verkehrssitte durch Ansichtssendungen dazu Gelegenheit gegeben. Der Verkäufer kann daher die Mängel der ganzen Auflage bei dem Käufer als bekannt voraussetzen. Nur, wenn er irgend eine Gewähr übernommen oder arglistig gehandelt hat, ist anders zu entscheiden.

Ein Buch kann man daher zurückgeben, wenn das gelieferte Exemplar Mängel hat (Verheften, Schmutzflecke, Fehlen von Bogen u. s. w.), nicht aber wegen Mängel der Auflage. Die entgegengesetzte Ansicht würde auch zu geradezu unleidlichen Folgerungen führen. Es könnte dann wegen sinnentstellender und irreführender Druckfehler, wegen grober Versehen des Verfassers und selbst wegen ungeeigneter Behandlung des Gegenstandes das Buch zurückgegeben oder auch entsprechende Minderung des Preises verlangt werden.

Nach B.G.B. stellt sich die Konstruktion des Falles so:

Bestellt ist die zweite Auflage, denn nach allgemeinem buchhändlerischen Brauch ist jede Bestellung auf die neueste Auflage zu beziehen. Allerdings ist der Besteller dabei in einem wesentlichen Irrtum gewesen, und deshalb konnte er den Vertrag anfechten. Der Sortimenter seinerseits hat ebenfalls die zweite Auflage bestellt, kann aber nicht anfechten, da er seinerseits nicht im Irrtum gewesen ist. Es könnte höchstens in Frage kommen, ob der Verleger durch Ankündigungen oder auf irgend eine andere Weise eine Gewähr übernommen hat, wofür der Thatbestand keine genügenden Anhaltspunkte bietet.

Wenn der Besteller ansicht, so muß er dem Sortimenter das negative Vertragsinteresse ersetzen. Thatsächlich wäre die Angelegenheit so zu regeln gewesen, daß der Sortimenter das Buch anderweitig zu verkaufen suchte und, wenn das nicht gelingt, dasselbe dem Besteller gegen Ersatz seiner Auslagen — ohne Aufschlag — überließ. Dies würde auch der Billigkeit vollkommen entsprechen.

2.

Der Klage auf Herausgabe der Aktie ist trotz des guten Glaubens der Direktion stattzugeben.

Die Rechtslage ist außerordentlich einfach und tritt nur wegen der etwas verwickelten Thatumstände nicht klar hervor. Der Kläger ist bis zur Aushändigung der Hamburger Freihafenaktie an die Direktion Besitzer geblieben. Daß er die Aktie zum Zwecke der Versendung mit der Post in einen mit dem Richterschen Geschäftsstempel versehenen Bogen geschlagen und in ein mit der Richterschen Firma versehenes Kouvert gesteckt hat, ist irrelevant. Die Direktion hat daher den Besitz der Aktie von dem Kläger erlangt und kann daher nicht Eigentümerin werden, wenn sie die Aktien redlicherweise von Richter erwirbt (B.G.B.

Digitized by Google

§ 932 Abs. 1 Satz 2). Auch daß sie unter den obwaltenden Umständen sehr wohl glauben konnte, den Besitz von Richter erlangt zu haben, ist gleichgültig, weil es sich um ein objektives Erfordernis handelt, welches durch den guten Glauben keineswegs ersetzt wird.

3.

A. kann sich wegen seiner an Rotzkrankheit zu Grunde gegangenen Pferde nicht an den Viehhändler C. halten, durch dessen Pferde die seinigen angesteckt worden sind. Denn B.G.B. 833 findet nur auf willkürliche Handlungen des schädigenden Teiles Anwendung. (S. diese Beiträge I S. 5 ff. Die daselbst vertretene Ansicht ist inzwischen in einem Reichsgerichtserkenntnis, E. v. 6. II. 1902, gebilligt worden). Vgl. D. Juristenzeitg. 1902 S. 192 f. (15. April). Abw. Urteil des O.L.G. Stuttgart v. 17. Jan. 1902 (Zeitsch. f. Versicherungswesen 1902 Nr. 16 Beil. I S. 213, O.L.G. Naumburg, Seuff.Arch. 56 S. 233. Vgl. auch D. Wochensch. f. Versicherungswesen 1902 S. 38.

Dagegen haftet der Gastwirt B. nach B.G.B. § 701.

4.

A. hat das in seiner Nutznießung stehende Grundstück seines Sohnes an C. vermietet. Es findet darauf B.G.B. § 1663 Abs. 1 Anwendung, dieser verweist seinerseits auf § 1056 Abs. 2 und dieser wieder auf die §§ 571, 572, 573 Satz 1, 574—576, 579. Hiernach geht das Mietsverhältnis nach Beendigung der Nutznießung auf den Sohn über. Von einer Kündigung ist in dem Thatbestande nicht die Rede, sie würde dem Sohne zwar nicht nach dem Verzicht des Vaters, wohl aber nach dessen Tode freigestanden haben (B.G.B. § 1056 Abs. 2).

Die Forderung auf die Miete vom 1. Januar an steht dem Sohne zu. Eine Aufrechnung mit Forderungen gegen den Vater ist allerdings an sich möglich, aber nur für das laufende und das folgende Kalendervierteljahr. Es entscheidet dafür die Kenntnis des Mieters von dem Erlöschen der Nutznießung (B.G.B. § 575 mit § 574).

Der Thatbestand ist also nicht ganz vollständig, insofern nicht angegeben ist, zu welcher Zeit der Mieter C. Kenntnis von dem Verzichte des Vaters erlangt hat. Hat er in der Zeit vom 1. Januar bis 1. April Kenntnis erlangt, so könnte ihm eine Aufrechnung überhaupt nur gegenüber der Mietsforderung bis zum 1. Juli zustehen. Diese Raten sind indessen bereits bezahlt; übrigens hätte eine Aufrechnung gegen diese schon wegen der späteren Fälligkeit der Gegenforderung nicht stattfinden können. Gegenüber den späteren Raten hat er unter obiger Annahme nicht das Recht zur Aufrechnung.

5.

Bei dem Falle, daß durch einen Eiszapfen, der sich von der Dachrinne eines Hauses ablöst, ein Vorübergehender beschädigt wird, hat sich ein Druckfehler eingeschlichen. Es kann für die Entscheidung

Digitized by Google

natürlich nicht, wie gedruckt ist, § 826 (Verstoß gegen die guten Sitten) maßgebend sein, übrigens auch nicht, wie ein scharfsinniger Rezensent konjekturiert hat, § 836 (Einsturz von Gebäuden, Loslösung von Teilen eines Gebäudes), sondern es ist lediglich die Frage, ob § 823 Anwendung findet.

Nach heutiger allgemeiner Ansicht wird angenommen, daß auch eine Unterlassung Schadensersatzansprüche begründet, wenn pflichtwidrig gebotene Handlungen unterlassen worden sind. Es fragt sich aber, ob die allgemeine Pflicht — vorausgesetzt, daß keine besonderen polizeilichen Bestimmungen bestehen — so weit geht, daß man für Sachen, die man im Besitz hat, alle erdenklichen Maßregeln treffen muß, welche geeignet erscheinen, eine Gefährdung anderer Menschen zu vermeiden. Nimmt man das an, so wird dem Besitzer des Hauses prima facie, wenn er nicht etwa besondere Entschuldigungsgründe beibringen kann, ein Verstoß gegen „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" zur Last fallen.

Die Praxis neigt zu einer solchen Ausdehnung der Haftpflicht, und der Hausbesitzer wird daher voraussichtlich verurteilt werden. Immerhin soll darauf aufmerksam gemacht werden, daß eine derartige uferlose Ausdehnung der Haftpflicht auch ihre sehr bedenkliche Seite hat.

Wer sich dafür entscheidet, hat jedenfalls die Aufgabe, festzustellen, wie weit denn nun eigentlich die Pflicht zur positiven Fürsorge für andere geht.

(Fortsetzung v. H. 1.)

15.

Die Weinhandlung X. in Y. sandte durch die Eisenbahn an den Restaurateur Rü. in R. ein von diesem bestelltes Faß Wein. Infolge eines Versehens des Handlungsgehülfen des Bahnspediteurs W. in R. wird das Faß von den Leuten desselben beim Gärtner Ri. in R. abgerollt. Ri. nimmt das Faß an, behält es, obwohl er keinen Frachtbrief erhält und verbraucht den Wein. Der Spediteur W. entschädigt die Weinhandlung X. mit 100 Mk., ohne sich deren Ansprüche gegen Ri. abtreten zu lassen, und klagt auf Ersatz von 100 Mk. gegen letzteren. Ri. behauptet, den Wein in gutem Glauben verbraucht zu haben, denn sein früherer Nachbar, der damalige Restaurateur B., jetzt Reisender der Firma X. in Y. sei ihm 100 M. Pacht für ein Stück Garten schuldig geblieben und habe versprochen, ihm gelegentlich dafür ein Faß Wein zu schicken. B., eidlich als Zeuge vernommen, bestreitet die Pachtschuld und das angebliche Versprechen.

Kann W. aus eigenem Rechte klagen? Welche Ansprüche hatte die Weinhandlung X. gegen Ri.? Hatte Rü. irgendwelche Ansprüche gegen W. oder Ri.?

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdruckerei), Naumburg a. S.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die

Verträge auf Leistung an Dritte.

Nach Deutschem Reichsrecht
unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs.

Mit einer Einleitung
(über das römische Recht)
und
mit einem Anhange
(Die Erbverträge zu Gunsten Dritter).

Von

Dr. Konrad Hellwig.

1900. 45 Bogen gr. 8°. 12 M.

Wesen
und
subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Eine prozessuale Abhandlung
mit
Beiträgen zum bürgerlichen Recht,
insbesondere zur
Lehre von der Rechtsnachfolge
und der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten.

Von

Dr. Konrad Hellwig.

1901. 34 Bogen. 4°. 14 M.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

Preis: 2 M.

Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

Preis: 9 M.

Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

I. Teil.

Preis: 5 M. 40 Pf.

(Teil II befindet sich im Druck.)

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Das Deutsche Privatrecht

in

seinen Grundzügen

für Studierende

von

Dr. Heinr. Gottfr. Gengler.

Vierte verbesserte Auflage.

Preis: 13 Mark, geb. 15 Mark.

Gengler, Prof. Dr. H. G., Germanische Rechtsdenkmäler. Leges Capitularia Formulae. 12 M., Glossar dazu 3 M.

— —, Deutsche Stadtrechtsaltertümer. 10 Mk.

Sammlung
handelsrechtlicher und wechselrechtlicher Fälle.

Zum akademischen Gebrauch

von

Dr. Emil Fehling,

Professor der Rechte in Erlangen.

Zweite vollständig umgearbeitete Auflage.

1 M. 80 Pf., kart. 2 M. 10 Pf.

Das Reichsgesetz

über die

privaten Versicherungsunternehmungen

vom 12. Mai 1901.

Mit Einleitung, Erläuterungen und Sachregister sowie den einschlägigen Vollzugsinstruktionen

herausgegeben von

Dr. Karl Heybeck,

kgl. Regierungsrat im kgl. bayr. Staatsministerium der Finanzen.

2 M. 80 Pf., geb. 3 M. 30 Pf.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

Preis: 2 M.

Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

Preis: 9 M.

Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Rostock.

I. Teil.

Preis: 5 M. 40 Pf.

(Teil II befindet sich im Druck.)

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Das Deutsche Privatrecht

in

seinen Grundzügen

für Studierende

von

Dr. Heinr. Gottfr. Gengler.

Vierte verbesserte Auflage.

Preis: 13 Mark, geb. 15 Mark.

Gengler, Prof. Dr. H. G., Germanische Rechtsdenkmäler. Leges Capitularia Formulae. 12 M., Glossar dazu 3 M.

— —, **Deutsche Stadtrechtsaltertümer.** 10 Mk.

Sammlung handelsrechtlicher und wechselrechtlicher Fälle.

Zum akademischen Gebrauch

von

Dr. Emil Sehling,

Professor der Rechte in Erlangen.

Zweite vollständig umgearbeitete Auflage.

1 M. 80 Pf., kart. 2 M. 10 Pf.

Das Reichsgesetz

über die

privaten Versicherungsunternehmungen

vom 12. Mai 1901.

Mit Einleitung, Erläuterungen und Sachregister sowie den einschlägigen Vollzugsinstruktionen

herausgegeben von

Dr. Karl Heybeck,

kgl. Regierungsrat im kgl. bayr. Staatsministerium der Finanzen.

2 M. 80 Pf., geb. 3 M. 30 Pf.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Finanzwissenschaft.

Von

Dr. Karl Theodor Eheberg,

Professor der Staatswissenschaften in Erlangen.

6. verb. u. verm. Aufl. 7 M. 80 Pfg., geb. 9 M.

Lehrbuch

des

Deutschen Strafrechts.

Von

Dr. Hugo Meyer,

Professor der Rechte in Tübingen.

5. umgearb. Aufl. 12 M., geb. 13 M. 80 Pf.

Einführung

in die

Rechtswissenschaft.

Von

Dr. J. Kohler,

Professor der Rechte in Berlin.

13 1/2 Bogen. 3 M. 60 Pf., geb. 4 M. 50 Pf.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Das

landesherrliche Abolitionsrecht.

Von

Dr. Joseph Heimberger,
Professor der Rechte in Straßburg.

2 M. 80 Pf.

Deutsche und Französische

Verfassungsgeschichte

vom

9. bis zum 14. Jahrhundert

von

Dr. Ernst Mayer,
Professor der Rechte in Würzburg.

2 Bde. 24 M.

Lehrbuch

der Deutschen

Militärstrafgerichtsordnung

für

Armee und Marine.

In besonderer Rücksicht auf Gerichtsherrn (Kommandeure), Richteroffiziere — einschließlich Sanitätsoffiziere, Militär- und Marine-Oberbeamte — und Gerichtsoffiziere (Leutnants)

bearbeitet von

Dr. Eduard Steidle,
Kriegsgerichtsrath der Kgl. Bayer. 2. Division und beim Kaiserl. Gouvernement Ulm, Oberleutnant d. R. 12. Inf.-Rgts. Prinz Arnulf.

3 M. 25 Pf. geb. 4 M.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhldg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Soeben erscheint:

Die Handlungsfähigkeit

der

Geisteskranken

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche.

Von

Dr. Peter Brunswig.

Preis: ca. 3 M.

Der Bundesrat

als

Schiedsrichter

zwischen

deutschen Bundesstaaten.

Von

Dr. Alfred Krick.

Preis: ca. 1 M.

Digitized by Google

Festschrift

Seiner Königlichen Hoheit dem Prinzregenten

Luitpold von Bayern

zum Achtzigsten Geburtstage

dargebracht von der

Universität Erlangen.

II. Band. **Juristische Fakultät.**

13½ Bog. 4°. Preis: Mk. 5.—.

Hieraus einzeln:

Gengler, Prof. Dr. Heinrich Gottfried, **Über die deutschen Städteprivilegien des XVI., XVII. und XVIII. Jahrhunderts.** 1 M. 20 Pf.

Sehling, Prof. Dr. Emil, **Zur Lehre von den Willensmängeln im kanonischen Recht.** 1 M.

Kipp, Prof. Dr. Theodor, **Wer kann nach deutschem bürgerlichem Recht mit Vermächtnissen belastet werden?** 1 M. 20 Pf.

Rehm, Prof. Dr. Hermann, **Das landesherrliche Haus, sein Begriff und die Zugehörigkeit zu ihm.** 1 M. 20 Pf.

Allfeld, Prof. Dr. Philipp, **Der bedingte Straferlaß.** 1 M.

Festgabe

für

Heinrich Dernburg

zum Doktor-Jubiläum

überreicht von der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Würzburg.

12½ Bogen. 4°. 4 M. 80 Pf.

Hieraus einzeln:

Burckhard, Prof. Dr. H., **Zu Fragmenta Vaticana 269.** Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. 2 Mk.

Oetker, Prof. Dr. Fr., **Strafprozeßbegründung und Strafklagerhebung bei Erlaß und bei Wegfall eines Eröffnungsbeschlusses.** 2 Mk.

Mayer, Prof. Dr. E., **Hansa und Hasbannus im nordfranzösischen Recht.** 1.60 Mk.

Festgabe der Göttinger Juristenfakultät

für

Rudolf von Jhering

zum Fünfzigsten Doktor-Jubiläum

am 6. August MDCCCXCII.

13¼ Bogen. 4°. 4 Mark 50 Pf.

Hieraus einzeln:

Ehrenberg, Prof. Dr. V., **Die Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten.** 1 Mk. 20 Pf.

Regelsberger, Prof. Dr. F., **Streifzüge im Gebiete des Zivilrechts.** 90 Pf.

Merkel, Prof. Dr. J., **Über die sogenannten Sepulcralmulten.** 1 Mk. 50 Pf.

Frensdorff, Prof. Dr. F., **Die Aufnahme des allgemeinen Wahlrechts in das öffentliche Recht Deutschlands.** 2 Mk.

Digitized by Google

Wirtschafts- u. Verwaltungsstudien mit besonderer Berücksichtigung Bayerns. Herausg. von Professor Dr. **Georg Schanz** in Würzburg.

I. G. Schanz, Zur Geschichte der Kolonisation und Industrie in Franken. (XVIII u. 426 S. Text u. 354 S. Urkunden.) 12 M.

II. L. Hoffmann, Ökonomische Geschichte Bayerns unter Graf Montgelas. 1799—1817. (IV u. 146 S.) 2 M.

III. G. Zoepfl, Fränkische Handelspolitik im Zeitalter der Aufklärung. Mit 2 Karten. (VIII u. 348 S.) 5 M.

IV. A. Köberlin, Der Obermain als Handelsstraße im späteren Mittelalter. (VIII u. 70 S.) 1 Mk. 80 Pf.

V. Wilh. Mayer, Anerben- und Teilungssystem dargelegt an den zwei pfälzischen Gemeinden Gerhardsbrunn und Martinshöhe. Mit 3 Karten. (VIII u. 48 S.) 2 M.

VI. Robert Schachner, Das bayrische Sparkassenwesen. Mit 1 Tabelle. (X u. 132 S.) 3 Mk.

VII. Friedr. Lindner, Die unehelichen Geburten als Sozialphänomen. Ein Beitrag zur Statistik der Bevölkerungsbewegung im Königreich Bayern. Mit 2 Karten. (X u. 238 S.) 4 M. 80 Pf.

VIII. Bruno Kmiotek, Siedelung und Waldwirtschaft im Salzforst. Ein Beitrag zur deutschen Wirtschaftsgeschichte. Mit einer Karte des Salzforstgebiets. (X u. 194 S.) 3 M. 60 Pf.

IX. K. Heil, Die Reichsbank und die bayerische Notenbank in ihrer gegenseitigen Entwicklung in Bayern 1876—1899. Mit 1 Karte. (XII u. 68 S.) 1 M. 60 Pf.

X. Friedrich Müller, Die geschichtliche Entwicklung des landwirtschaftlichen Genossenschaftswesens in Deutschland von 1848/49 bis zur Gegenwart. (XX u. 552 S.) 10 M.

XI. Fr. Lohmann, Die Entwicklung der Lokalbahnen in Bayern. Mit einer Karte. (X u. 238 S.) 6 M. 50 Pf.

XII. A. K. Maier, Der Verband der Glacéhandschuhmacher und verwandten Arbeiter Deutschlands. 1869—1900. (VIII u. 392 S.) 8 M.

XIII. Otto Rustmann, Zur Frage der Mobiliar-Feuerversicherung im Königreiche Bayern. (VIII u. 82 S.) 1 M. 50 Pf.

XIV. Ernst Heubach, Die zukünftige Verkehrsentwicklung auf dem regulierten Main mit besonderer Berücksichtigung der Stadt Würzburg. (X u. 74 S.) 1 M. 80 Pf.

XV. M. R. Weyermann, Das Verlagssystem der Lauschaer Glaswaren-Industrie und seine Reformierung. (X u. 154 S.) 3 M. 50 Pf.

XVI. Gottfried Hartung, Die bayerischen Landstraßen, ihre Entwickelung im XIX. Jahrhundert und ihre Zukunft. Eine historisch-kritische Studie aus dem Gebiete der bayerischen Verkehrspolitik. (VIII u. 108 S.) 2 M.

XVII. Limburg, Herm., Die kgl. bayer. Bank von Nürnberg in ihrer Entwicklung seit ihrer Gründung 1780—1900. (Im Druck.)

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und **Dr. Julius Binder,**
Professoren der Rechte an der Universität Rostock.

---

4. und 5. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1902.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die

Lehre von der Stellvertretung

insbesondere bei

obligatorischen Verträgen.

Von

Dr. Siegmund Schloßmann,
Professor der Rechte in Kiel.

Erster Teil:

Kritik der herrschenden Lehren.

1900. Preis: 6 M. 50 Pf.

Zweiter Teil:

Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung.

1902. Preis: 12 M.

Der Kauf

nach gemeinem Recht.

Von

Dr. August Bechmann.

I. Geschichte des Kaufs im Römischen Recht. 12 M.
II. System des Kaufs nach gemeinem Recht. I. Abt. 10 M.

Die

Verfassung des Deutschen Reichs.

Sechs Hochschulvorträge

gehalten zu Rostock im Sommer 1900

von

Dr. Heinrich Gesfcken,
Professor der Rechte an der Universität.

2 M. 50 Pf., eleg. kart. 3 M.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und Dr. Julius Binder,
Professoren der Rechte an der Universität Rostock.

---

4. und 5. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1903.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

AUG 17 '26

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

XV. Oetker, Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des Bürgerlichen Gesetzbuchs 237

XVI. Bunsen, Die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuch in den Jahren 1900 und 1901. (Forts.) 318

XVII. Sprechsaal 378

Digitized by Google

Digitized by Google

XV.

Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von

Dr. **Friedrich Oetker**,
Professor in Würzburg.

§ 1. Grundlegende Feststellungen.

1. Rechtsgebrauch ist niemals Rechtspflichtverletzung. Es kann nicht dieselbe Handlung zugleich erlaubt und verboten sein.

Wohl ist möglich, daß ein berechtigendes Gesetz durch ein verpflichtendes beschränkt, d. h. in seiner Tragweite näher bestimmt wird. Soweit diese Wirkung gewollt ist, tritt sie gleichmäßig ein, mag die verpflichtende Norm mit dem Berechtigungsgesetze zugleich erlassen worden sein oder dieses erst nachträglich begrenzt haben. Und ohne Unterschied, ob beide Rechtssätze derselben oder verschiedenen Rechtsquellen, die eine dem Strafgesetz, die andere dem Zivilgesetz 2c., angehören. Sorgsamer Prüfung bedarf stets die Vorfrage: Bestand wirklich die Absicht, die gegebenen Berechtigungen durch das Verpflichtungsgesetz zu beschränken? Besonders im Verhältnis des Strafgesetzes zum früheren Zivilgesetz. So war aus der engen Fassung des strafrechtlichen Notstandsbegriffs, § 54 St.G.B., keineswegs die Beseitigung weitergehender ziviler Notrechte, zum Schutze des Eigentums u. s. w., zu folgern.[1])

[1]) Noch weniger durfte ein bloßes Nebeneinander von Straf- und Zivilgesetz, Strafbarkeit von Notstandshandlungen trotz ziviler Rechtmäßigkeit, angenommen werden. So die vielbesprochene Entsch. des R.G. 1. Ziv.Sen. Entsch. Bd. V S. 161 f.

Digitized by Google

Anderseits liegt in einem Zivilgesetz, das bisher verbotene und strafbare Handlungen erlaubt, Aufhebung oder Einschränkung des Verbotes und des Strafgesetzes.[1]) Ein Strafgesetz kann nicht nur durch ein späteres Strafgesetz, sondern auch durch ein späteres erlaubendes Zivilgesetz aufgehoben und begrenzt werden. Ist das Strafgesetz Reichsgesetz, so gewinnt ihm gegenüber ein Landeszivilgesetz nur in den Grenzen der partikulären Kompetenz Bedeutung: eine Frage, die im einzelnen Schwierigkeiten bereiten kann, hier aber auszuschalten ist.

Die Annahme, es könne dieselbe Handlung zivilrechtlich erlaubt und strafrechtlich verboten sein, enthält kardinale Irrtümer: sie sieht im Rechte statt eines Vernunftganzen einen Komplex disparater Teile, sie verkennt die sekundäre Natur des Strafrechts, das den zivilen Rechtsbeziehungen Schutz gewährt nach Maßgabe des Zivilrechts, und irrt über den Charakter der strafrechtlich erheblichen Verbote, in denen sie statt neutraler Rechtssätze solche des Strafrechts selbst findet.

2. Die Rechtsbeziehungen, die sich aus Notwehr- und Notstandslagen ergeben, sind nach zwei Richtungen hin geeigneter Gegenstand ziviler Regelung.

a) Rein zivilrechtlich ist die Frage der Ersatzverbindlichkeit.

Enthält das Zivilgesetz besondere Bestimmungen darüber nicht und läßt nur allgemein bei schuldhafter widerrechtlicher Verletzung des Lebens, des Körpers, des Eigentums u. s. w. eines Anderen Ersatzpflicht eintreten, so ergibt unverbotene Notwehr- und Notstandsverletzung einen Ersatzanspruch nicht. Denn die unverbotene Handlung ist nicht „widerrechtlich" und nur eine widerrechtliche Handlung kann schuldhaft sein. Die Begriffe „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" entziehen sich der Anwendung auf unverbotene Handlungen.

Die „widerrechtliche" Handlung im Sinne des Deliktsobligationenrechts ist die gegen das Rechtsgebot verstoßende, nicht die ohne subjektives Recht vorgenommene Handlung. Eine Notstandsverletzung, die nur den Mangel eines Verbots, nicht ein Notrecht für sich hat, ist doch nicht deliktische, nicht „widerrechtliche" Handlung vom Standpunkte des Deliktsrechts aus und erzeugt somit nicht einen zivilen Deliktsanspruch.[2])

[1]) Binding, Grundriß des Strafrechts § 76 unter VI 3. Richtig auch Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I S. 281.

[2]) Auffälligerweise ist die gegenteilige Anschauung unter den Zivilisten verbreitet. So Mot. zu E. I des B.G.B. Bd. II S. 729; v. Tuhr, Notstand im

Digitized by Google

Die Motive zum ersten Entwurf des B.G.B. (Bd. II S. 729) waren allerdings anderer Ansicht. Während der Entwurf selbst die Notstandshandlung — abgesehen vom Falle des § 187 — nicht erwähnte, wurde sie in der Begründung trotz fehlender Strafbarkeit für rechtswidrig erklärt. Die Verkehrtheit dieser Auffassung kennzeichnete scharf das schlagende Beispiel v. Liszts Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht S. 10: „Ein Metzgergeselle, welcher den Kunden Fleisch bringt, wird von einem bissigen Hunde angefallen; nach dem Entwurf ist es ihm *erlaubt*, den Hund niederzuschießen, aber *unerlaubt*,[1]) ihn durch Vorwerfen eines Stückes Fleisch zu beruhigen." Der treffenden Widerlegung ungeachtet wanderte im Entwurf II der Fehler gar aus der Begründung in den Text: „Die Schadensersatzpflicht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die schädigende Handlung im Notstande begangen worden ist," § 746 Abs. 2. Dann brach sich die bessere Einsicht Bahn. In der Kommission wurde — wohl wesentlich unter dem Einflusse von R. Merkels Schrift „Die Kollision rechtmäßiger Interessen" 1895 — das Bedürfnis erkannt, in gewissen Notlagen Notrechte zur Einwirkung auch auf neutrale Sachen Dritter zu geben, der jetzige § 904 daher eingesetzt und § 746 Abs. 2 gestrichen. So hat denn die vermeintliche Schadensersatzverbindlichkeit bei Notstandsverletzungen als „unerlaubten Handlungen" im Gesetze selbst keinerlei Ausdruck gefunden. Ob die Kommissionsmitglieder *geglaubt* haben,[2]) die Ersatzpflicht bestehe, soweit sie nicht das Gesetz

---

Zivilrecht S. 134, 135; Titze, Notstandsrechte im B.G.B. S. 11, 23, 112 (die Aufhebung der Norm bedeute nicht eine Aufhebung des geschützten subjektiven Rechts; gewiß nicht: aber die Rücknahme des Verbots ist Rücknahme der Pflicht, das fremde subjektive Recht zu respektieren, so daß die vom Verbot dispensierte Person in den Grenzen des Dispenses dem fremden subjektiven Rechte nicht mehr verfangen ist, es ihr gegenüber nicht mehr gilt); Endemann, Bürg. Recht I S. 430; Enneccerus, Bürg. Recht I S. 358, 361 f. (die Notstandsverletzung sei als „an sich widerrechtlicher" Eingriff in fremde Güter Delikt, soweit ihn nicht das bürgerliche Recht legalisiere); Planck zu § 228 Bem. 6; ebenso wohl Andrä zu § 823 Bem. 2 b; Linckelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 75; Oertmann zu § 823 Bem. 7.

Von Kriminalisten sind gleicher Ansicht Löffler, Zeitschr. f. Strafrechtswissensch. Bd. 21 S. 580 und Frank zu § 54 St.G.B. Bem. III.

Auch Kroner, Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr (Diss. 1897) S. 51 und Baumann, Notstandsbestimmungen des B.G.B. (Diss. 1902) S. 74 gehören hierher.

[1]) Hier wäre richtiger gesagt worden: „nach den *Motiven* aber unerlaubt" u. s. w. [2]) Vgl. Prot. I S. 249; II S. 578.

Digitized by Google

unter Anerkennung eines Notrechts verneint habe, ist ganz unerheblich. Aus den gesetzlichen Bestimmungen folgt das Gegenteil und die Rechtsansichten der Kommissionsmitglieder sind nicht Gesetz.

Das privatrechtliche Delikt ist nur ein Ausschnitt aus dem Kreise der verbotenen Handlungen überhaupt. Es kann nimmermehr eine Handlung „privatrechtlich" Delikt sein, die „strafrechtlich" unverboten wäre. Der Deliktsbegriff fällt in sich zusammen, wenn das Verbotensein gestrichen wird. „Ziviles Verbot" ist nur ein falscher Ausdruck für die Thatsache, daß die Übertretung eines Verbotes zivile Rechtsfolgen hat. Ein sachlicher Fehler tritt hinzu, wenn von „nur zivilen Verboten" gesprochen wird. Die Normen schreiben dem einzelnen vor, was er zu thun und zu lassen hat, nicht was er „strafrechtlich", „zivilrechtlich" zu thun und zu lassen hat.

Wird an Unverbotenes, wie immer der Thatbestand positiv beschaffen sein mag, ein Ersatzanspruch angeknüpft und nach Analogie eines Deliktsanspruchs behandelt,[1]) so ist damit immer nur ein „Quasi-Delikt" (um den hergebrachten Ausdruck hier beizubehalten), nicht ein wirkliches Delikt aufgestellt.

Die Verneinung der „Widerrechtlichkeit" ist für Notwehr- und Notstandsverletzungen in den §§ 53, 54 St.G.B. in Form der Verneinung der „Strafbarkeit" ausgesprochen. Denn die Strafbarkeit entfällt gerade deshalb, weil eine Ausnahme vom Verbote besteht. Das wird für die Notwehr allgemein anerkannt. Die straflose Notstandsverletzung wurde früher öfters und wird heute zuweilen noch für eine dennoch widerrechtliche, also verbotene Handlung erachtet. Die Widerlegung gehört nicht hierher.[2]) Nur die Anhänger dieser falschen Auffassung könnten in der straflosen Notstandshandlung die Quelle eines zivilen Deliktsanspruchs finden. Wer das Unverbotensein[3]) einer solchen Verletzung zugibt, gerät mit sich selbst in Widerspruch, wenn er ein „privatrechtliches Delikt" aus ihr ableitet.

Eine Hauptquelle des Fehlers, der Annahme nur privatrecht-

[1]) Schon diese Möglichkeit ergibt, daß die „unverbotene" Handlung keineswegs immer rechtlich irrelevante Handlung ist.

[2]) Es genügt, auf Binding, Handbuch I S. 754 f. zu verweisen.

[3]) Vgl. besonders Binding a. a. O. S. 765, 766 und Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 27.

Die Folgerung v. Tuhrs, Notstand im Zivilrecht S. 2: sei der Notstand mehr als ein bloßer Strafausschließungsgrund, so gehöre er seinen Voraussetzungen nach in das Zivilrecht, ist hinfällig. Sollen die Schuldausschließungsgründe aus dem Strafrecht gestrichen werden? Notstand und Notwehr sind gemeinsamer Besitz beider Rechtszweige.

Digitized by Google

lichen Delikts bei Notstandsverletzungen ꝛc., liegt ohne Zweifel im Sprachgebrauch der Gesetze. „Nicht widerrechtlich" kann in einem Zivilgesetz ebensowohl die Verneinung des Verbotenseins, als die Anerkennung subjektiver Berechtigung bedeuten. Wird z. B. ein in fremde Rechtssphäre einschneidender Selbsthilfeakt unter bestimmten Voraussetzungen für „nicht widerrechtlich" erklärt, so ist damit, wenn zugleich eine entsprechende Duldungspflicht ausgesprochen oder doch nach der Absicht des Gesetzgebers anzunehmen ist, nicht nur eine Ausnahme vom Verbote, sondern zugleich ein subjektives Recht gegeben. Leicht wird nun die „widerrechtliche" Handlung des Deliktsobligationenrechts in gleichem Sinne als „nicht subjektiv berechtigte" Handlung gedeutet. Die Folge ist dann Statuierung einer Ersatzpflicht bei jeder Notstandsverletzung ohne Notrecht.

In der Litteratur des Straf- und Zivilrechts hat von jeher zu vielen Mißverständnissen und Fehlgriffen geführt die Thatsache, daß unter dem „Erlaubten" vielfach nicht nur das Berechtigte, also ein Thun, dem subjektives Recht zur Seite steht, sondern auch das nur Unverbotene begriffen wird. Eine feste Terminologie wäre dringend zu wünschen. In der Folge wird vermieden, die nur unverbotene Handlung „erlaubt" zu nennen.

b) Das Zivilrecht hat die privaten Rechtskreise gegeneinander abzugrenzen, die subjektiven Rechte der Einzelnen nach Inhalt und Umfang zu bestimmen. Aus den Berechtigungen ergeben sich die entsprechenden Pflichten zum Unterlassen, zum Thun, mag auch eine ausdrückliche Sanktion in dieser Hinsicht fehlen. Umgekehrt kann sehr wohl die Aufstellung von Pflichten die Anerkennung von Rechten in sich schließen.

In dieser Funktion bestimmt das Zivilrecht namentlich darüber, unter welchen Voraussetzungen in Notstandsfällen Notrechte bestehen sollen, so daß nun die Notstandsverletzung nicht nur unverboten ist, sondern die positive Anerkennung des Rechtes für sich hat. Das von der Verletzung betroffene Rechtssubjekt muß sich dann diesen Eingriff gefallen lassen und handelt widerrechtlich, wenn es sich ihm widersetzt. Wird dabei dem leidenden Subjekte ein Ersatzanspruch zugebilligt, so ist dieser nicht Folge des Unrechts, sondern eines Rechtsgebrauchs mit Ersatzpflichtfolge.

Soweit ein Zivilgesetz Rechte schafft, wird ein die rechtmäßigen Handlungen nach Wortlaut oder Sinn mit einschließendes Strafgesetz außer Anwendung gesetzt. Denn die Anerkennung eines Rechtes ist doch nicht ein minus, sondern ein plus gegenüber der

Digitized by Google

Rücknahme eines Verbotes. Wie kann eine berechtigte Handlung verboten sein? Wie kann ein Strafgesetz auf nicht verbotene Handlungen angewendet werden?

Ist in einem späteren Zivilgesetz ein Notrecht in weiterem Umfange statuiert, als die Strafloſigkeit der Notstandsverletzung im Strafgesetz reicht, so sind die entsprechenden Handlungen nicht zivilrechtlich erlaubt und strafrechtlich verboten, sondern unverboten, rechtmäßig, straflos, aber vielleicht — wenn so im Zivilgesetze bestimmt — zum Schadensersatze verpflichtend.

Daß bei Notwehr Verteidigung in den gesetzlichen Grenzen nicht nur unverboten, sondern rechtmäßig ist, steht fest. Ob dieses Verteidigungsrecht und ein Notrecht im Notstande ganz den gleichen Charakter haben, bedarf hier nicht der Prüfung.

3. An der Hand dieser präjudizierenden Feststellungen, die eine Sicherung geben vor bestimmten unrichtigen Deutungen, sind die positiven Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Notwehr und Notstand zu entwickeln. Als Produkte ziviler Gesetzgebung wollen sie nur dem zivilen Bedürfnisse dienen, also bestimmen, wann Ersatzverbindlichkeiten und wann Notrechte bestehen. Die strafrechtlichen Kategorien von Notwehr und Notstand zu modifizieren, kann einem Zivilgesetz verständigerweise nur insofern in den Sinn kommen, als ein ziviles Interesse es erheischt. Im übrigen bleibt Änderung des Strafrechts strafgesetzliche Aufgabe. Ein Zivilgesetz würde aus der Rolle fallen, wollte es die Grenzen zwischen Notwehr und Notstand seinerseits festlegen, statt deren Bestimmung dem Strafgesetz und der Strafrechtswissenschaft zu überlassen. Auffälligerweise werden dem B.G.B. solche Fehler nicht selten imputiert. Aber der Grund liegt nur in falscher Auslegung, nicht in dem wirklichen Inhalte der gesetzlichen Normen.

Wie schon der Titel der Abhandlung ergibt, ist eine erschöpfende Bearbeitung der vielverzweigten Lehren von Notwehr und Notstand in ihrer jetzigen Gestalt keineswegs beabsichtigt. Aber die prinzipiell wichtigen Fragen, die nach dem neuen Rechte sich ergeben, sollen eingehend geprüft werden.

§ 2. Die Notwehr nach § 227 B.G.B.

Das B.G.B. hat im § 227 den strafrechtlichen Notwehrbegriff einfach übernommen und hat wohl daran gethan. Denn die Notwehrdefinition ist anerkanntermaßen eine der besten

Digitized by Google

des ganzen Strafgesetzbuches. Und soweit etwa Änderungen in Frage kommen möchten, z. B. Beschränkungen der Notwehr gegenüber dem Angriff Unzurechnungsfähiger, war die Entscheidung darüber der Revision des Strafgesetzbuchs vorzubehalten.

Die Bedeutung des zivilistischen Notwehrparagraphen ist eine doppelte. Indem die Widerrechtlichkeit des maßvollen Notwehraktes verneint wird, sanktioniert das Zivilgesetz ein Notrecht zur Verletzung der Güter des Angreifers und verneint zugleich die Ersatzpflicht des Notwehrübers.

Da es Notwehr gegen Notwehr nicht gibt, so wird der Angreifer auf für solche Verletzungen zivilrechtlich haftbar, die er dem Angegriffenen zur Abwendung der Verteidigung zufügt.

Jeder Dritte ist berechtigt, frei von Ersatzpflicht Nothilfe zu leisten.

Unverschuldetheit ist nicht Begriffsmerkmal der Notwehrlage. Die Verteidigung gegen verschuldeten Angriff kann nicht strafrechtlich erlaubt, zivilrechtlich verboten sein. Ein solcher Widerspruch zwischen den beiden Rechtssystemen ist ganz undenkbar. Gestattung einer Handlung im Strafgesetz hindert, sie als ziviles Delikt zu betrachten. Wie könnte subjektiv berechtigte That eine schuldhaft widerrechtliche Verletzung fremden Lebens, fremder Körperintegrität u. s. w., § 823 B.G.B., enthalten? Analoge Anwendung der Schadensersatzvorschrift des § 228 Satz 2[1]) („Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet"), die sich an nicht-deliktische, erlaubte That anschließt, verbietet sich durch die Verschiedenheit der Voraussetzungen: Gefährdung durch eine Sache im Falle des § 228, wobei die Art der Gefahrerregung und das Verhalten des Sacheigentümers den allerverschiedensten Charakter haben kann; Gefährdung durch rechtswidrigen Angriff bei Notwehr.

Einige nähere Bestimmungen über das Moment des Verschuldetseins, zumal im Hinblick auf Nothilfe, werden späterer Ausführung vorbehalten.

Eine wichtige Abweichung vom Strafgesetzbuche liegt darin, daß eine dem Abs. 3 des § 53 entsprechende Vorschrift im Zivilgesetzbuche fehlt. Und mit gutem Grunde! Notwehrexzeß ist immer widerrechtlich. Ihn mit Strafe zu verschonen ist bei Verzeihlichkeit des Affektes, § 53 Abs. 3, am Platze, nicht aber wäre es die Versagung des Ersatzanspruchs für den Betroffenen. Der Angreifer

[1]) Dafür Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I S. 277.

Digitized by Google

hat durch sein rechtswidriges Verhalten weder das Notwehrrecht, noch den Zivilschutz gegenüber einem Notwehrexzeß verwirkt.

Indem B.G.B. den Notwehrbegriff des Strafrechts einfach adoptiert hat, wird auch die kriminalistische Notwehrdoktrin für das bürgerliche Recht insofern entscheidend, als nicht positive Bestimmungen des Gesetzbuchs entgegenstehen. Dieses Abhängigkeitsverhältnis ist besonders wichtig für die Auslegung des „rechtswidrigen Angriffs". Kommt es im Strafrecht auf subjektive Rechtswidrigkeit nicht an, so erfordert der zivile Notwehrbegriff die gleiche Auffassung. Es kann nicht der Angriff eines Unzurechnungsfähigen, eines Tieres im Strafrecht einbegriffen, im Zivilrecht ausgeschieden werden. Es müßte denn positive Vorschrift des B.G.B. eine Modifikation des strafrechtlichen Begriffs mit sich bringen. Ob dies für § 228 B.G.B. zutrifft, ob damit der Tierangriff in gesetzlicher Entscheidung einer bekannten Streitfrage dem Notwehrgebiete entzogen und unter Notstandsrecht gestellt ist, wird eingehend zu prüfen sein.

Der Angreifer haftet unter den Voraussetzungen der §§ 823, 827—829 B.G.B. auf Schadensersatz. Die Ersatzpflicht begreift auch Aufwendungen, die der Notwehrakt mit sich brachte.[1])

Ein Nothelfer kann sich wegen der Kosten der Nothilfe an den Unterstützten halten. Dieser haftet ihm aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung, § 683 B.G.B. Den Mangel der Absicht, vom Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen, § 685, würde der letztere zu beweisen haben. Der Unterstützte seinerseits hat Regreß an den Thäter.

Der Nothelfer ist aber auch in der Lage, direkt den Angreifer in Anspruch zu nehmen. Denn es erwuchs ihm aus dessen Delikt das Recht der Nothilfe. Die Kostenaufwendung steht im Kausalzusammenhang mit dem deliktischen Thun des Angreifers. Sonach ist in erweiternder Auslegung des § 823 unter dem „Anderen", den zu entschädigen der Angreifer verpflichtet ist, auch der Nothelfer zu verstehen.

Putative Notwehr ergibt im Falle der Fahrlässigkeit zivile Haftbarkeit aus § 823 B.G.B.

§ 3. § 228 B.G.B. und sein Verhältnis zu Notwehr und Notstand.

Wem von fremder Sache Gefahr droht, zu deren Abwendung Beschädigung oder Zerstörung der Sache erforderlich ist, wird —

[1]) Vgl. auch v. Alberti Notwehrrecht S. 79.

Digitized by Google

sofern nicht die Geringfügigkeit des Übels das Verteidigungsinteresse ausschließt — der Not gehorchend zu dieser Handlung schreiten, umsomehr als er nur fremdes Sachgut, nicht fremde Persönlichkeit schädigt. Sicher immer, um Leben und Körperintegrität zu behaupten. Zum Schutze des Eigentums, wenn ein für den Bedrohten erheblicher Wert in Frage steht, und vielleicht selbst ohne diese Voraussetzung, falls die drohende Gefahr auf rechtswidrigen Angriff zurückführt. Je nach der Sachlage und der Anschauungsweise des Betroffenen mag es für ihn einen Hinderungsgrund bilden, daß der anzurichtende Schaden den abzuwendenden wesentlich übersteigen würde. Doch bringt bei solcher Taxation der Bedrohte billig sein Interesse an der Erhaltung eines Sachgutes, nicht nur den objektiven Sachwert in Anschlag. Immer ist die Verletzung der fremden Sache zur Abwendung der drohenden Gefahr besonders dann veranlaßt, wenn vom Standpunkte des Bedrohten aus die Proportionalität von Schaden und Gefahr gewahrt erscheint, jener nicht außer Verhältnis zu dieser steht. Eine Sachbeschädigung in solcher Situation verbieten zu wollen, wäre verkehrt, da der Erhaltungstrieb in der großen Mehrzahl der Fälle doch das Pflichtmotiv überwinden würde. Und die Gefahr schlimmer Konflikte entstände bei bloßer Abstandnahme vom Verbote ohne Statuierung einer Duldungspflicht für den Eigentümer der gefahrdrohenden Sache. Wie leicht könnte dann statt bloßer Sachbeschädigung Tötung oder Körperverletzung der Ausgang sein! Eine ganz andere Frage ist, ob der Eigentümer der beschädigten Sache einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger haben soll. Es liegt nahe, einen solchen dann anzuerkennen, wenn der Handelnde die Gefahr verschuldet hatte.

Damit sind die Erwägungen konstatiert, denen § 228 B.G.B. sein Dasein verdankt, und die Ausgangspunkte gewonnen zu einer rationellen Auslegung dieses Gesetzes.

1. Beschädigung und Zerstörung fremder Sache, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, werden für „nicht widerrechtlich“ erklärt, wenn die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht.

Mit der Beschädigung u. s. w. ist natürlich auch erlaubt eine weniger intensive Einwirkung. Das Ziel ist, die gefahrdrohende Sache ungefährlich zu machen.

Ebenso ist mit der Beschädigung gestattet eine dazu unerläßliche Vorbereitungshandlung, vorausgesetzt daß sie nur in den Rechts-

Digitized by Google

kreis des Eigentümers der gefährdenden Sache einschneidet und somit durch dessen Einwilligung legitimiert sein würde (z. B. eine Übertretung der §§ 123, 368 N. 9 St.G.B.). Die gesetzliche Gestattung der Beschädigung ersetzt diese Einwilligung.[1])

Die Verteidigungshandlung erfordert Verteidigungszweck und setzt somit Bewußtsein von der Notlage voraus.[2]) Es genügt nicht die bloße Koinzidenz von Notlage und einem sie beseitigenden Thun. Hat A eine Sache des B mutwillig zerstört, ohne zu wissen, daß durch sie dem C Gefahr drohte, so trifft ihn trotz nützlichen Effektes seiner That die volle strafrechtliche und zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Die Notstandshandlung des § 54 St.G.B. geschieht „zur Rettung aus gegenwärtiger Gefahr", nicht nur mit dieser Folge. Ganz entsprechend verlangt § 228 B.G.B., daß die Beschädigung erfolgt sei, „um Gefahr — — abzuwenden". Dagegen schadet nicht die Unkenntnis der gesetzlichen Gestattung. Das Putativdelikt begründet, wie nicht strafrechtliche, so auch nicht zivilrechtliche Haftung.

Die „nicht widerrechtliche" bedeutet hier die rechtmäßige, nicht nur unverbotene Handlung. Es wird zweifellos dem Sacheigentümer Duldungspflicht auferlegt, ein Abwehrrecht versagt.

Eine der gesetzlichen Charakterisierung entsprechende Notlage

---

[1]) Muß, um die Einwirkung auf die gefahrdrohende Sache zu ermöglichen, in den Rechtskreis eines Dritten eingegriffen, dessen befriedetes Besitztum betreten, eine ihm gehörige Sache, ein Löschgerät z. B., benutzt werden, so entscheidet über die Zulässigkeit dieser Handlung nicht § 228, sondern § 904.

Auch dann versagt § 228, wenn, um die gefahrdrohende Sache unschädlich zu machen, ein Rechtsgut ohne individuelles Substrat verletzt oder gefährdet werden, ein Soldat z. B. zwecks Nothilfeleistung seinen Posten verlassen müßte. (Über den Gegensatz der Rechtsgüter mit individuellem Substrat und ohne solches vgl. Oetker, Zeitschr. f. Strafrechtswissensch. Bd. 17 S. 509 f.). Hier ist das allgemeine strafrechtliche Notstandsrecht (eventuell auch Notwehrrecht? vgl. unten S. 284 Anm. 1) maßgebend.

Die Übertretung endlich eines rein polizeilichen Verbots, eines Verbots schlechthin, kann nicht einfach aus § 228 gerechtfertigt werden. Es bedürfte einer gründlichen Untersuchung, inwieweit die Notwehr und der Notstand in seinen verschiedenen gesetzlichen Anwendungen die Befugnis zu solchen Kontraventionen geben. Vgl. auch hierzu unten S. 284 Anm. 1.

[2]) A. A. Titze, Notstandsrechte im bürg. Gesetzbuch S. 108. Er meint, die gegenteilige Auffassung schließe den Unzurechnungsfähigen von der Wohlthat des Gesetzes aus. Allein auch dieser kann sehr wohl das Bewußtsein der Not haben. Und hat er es nicht gehabt, so fällt seine That nicht unter § 228. Zur Anwendung des § 829 wird es trotzdem nicht kommen, da bei Beschädigung gefahrdrohender Sache die Billigkeit Schadloshaltung nicht erfordert. Gegen Titze auch Dannenbaum, Notrecht de lege ferenda Diss. (1901) S. 14.

Digitized by Google

erzeugt jedenfalls ein Verletzungsrecht, mag sie im übrigen beschaffen sein wie sie will. Ob der Handelnde die Gefahr verschuldet hatte oder nicht, ist für den Bestand des Notrechtes gleichgültig. Ein Verschulden kommt nur für die Frage der Ersatzpflicht in Betracht.

Das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Notlage Notwehrlage oder Notstandslage ist.[1]) Daß § 227 die Notwehr in Übereinstimmung mit § 53 des St.G.B. definiert und die Notwehrverletzung für „nicht widerrechtlich" erklärt hat, berechtigt nicht, bei § 228 Notwehrlagen grundsätzlich auszuschließen und die Disposition auf Notstandsfälle zu beschränken. Ein Notrecht würde im Notwehrzustande allerdings ohnehin bestehen, aber nicht die Ersatzpflicht bei verschuldeter Notlage. Und die letztere ist unter den tatsächlichen Voraussetzungen des ersten Absatzes ganz zweifellos gewollt. Der Ausschluß der Notwehr wäre eine dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes gleichmäßig widerstreitende einschränkende Auslegung.

Anderseits konnte es dem Gesetzgeber nicht in den Sinn kommen, ein Verteidigungsrecht bei Notwehr nur dann anzuerkennen, wenn die Gefahr von fremder Sache droht. Eine solche Beschränkung wäre ja die volle Unvernunft und § 227 sagt unter Aufnahme des strafgesetzlichen Notwehrbegriffs das Gegenteil ausdrücklich.

Das Notwehrrecht setzt Proportionalität von Schaden und Gefahr nicht voraus. Der Angriff auf das geringste Gut darf, wenn es zu dessen Behauptung nach der Sachlage erforderlich ist, durch weitgehendste Verletzung des Angreifers abgewiesen werden. Ob diese Ausdehnung des Verteidigungsrechts de lege ferenda stets zu billigen ist, muß hier auf sich beruhen.[2]) De lege lata bedarfs der Proportionalität nicht. Darüber läßt § 53 Abs. 2 St.G.B., wörtlich wiederholt in § 227 Abs. 2 B.G.B., nicht den geringsten Zweifel.

[1]) R.G. 1. Str.S. Entsch. Bd. 34 S. 296 bezieht fälschlich den § 228 nur auf Notstandsfälle.

[2]) Es wäre zu erwägen eine Beschränkung der Vermögensnotwehr, wenn dem Angreifer mit Kenntnis des Angegriffenen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt und das bedrohte Gut nach den Verhältnissen des Inhabers von geringem Werte ist. Und beim Angriffe Unzurechnungsfähiger möchte auch Subsidiarität der Verteidigung in Frage kommen (ähnlich wie bei § 53 St.G.B.). Doch ist große Vorsicht geboten, zumal Notwehrbeschränkungen, Freiheitsbeschränkungen, Zwang zum Dulden, Unterlassen, Thun, einschließen, und eine Privilegierung von Dieben, Räubern u. s. w., falls sie nur wenig oder nur wenig auf einmal stehlen, ist unbedingt abzulehnen. Sehr bedenklich neuerdings Liepmann, Einleitung in das Strafrecht S. 180, 184. Zu beherzigen Hamlet 4. Aufz. 4. Sc. V. 57 f.

Digitized by Google

Soweit nun unter die Vorschrift des § 228 Abs. 1 Notwehrfälle zu subsumieren sind, gilt für den Umfang des Verteidigungsrechts die generelle Norm der §§ 53 Abs. 2 St.G.B., 227 Abs. 2 B.G.B., nicht die beschränkende Voraussetzung der Proportionalität gemäß § 228. Dem Gesetze darf doch nicht zugetraut werden, daß es die Verteidigung gegen einen Menschen uneingeschränkt gestatte, gegen einen Hund durch Verhältnismäßigkeit von Schaden und Gefahr bedinge.[1])

Hiernach ergibt sich als Sinn des Gesetzes: die Sachbeschädigung u. s. w. ist jedenfalls dann nicht widerrechtlich, wenn u. s. w.; nicht: sie ist nur dann nicht widerrechtlich, wenn u. s. w. Der Gesetzgeber faßt in thatsächlicher Charakterisierung, ohne nach den Kategorien Notwehr und Notstand zu unterscheiden, eine Reihe von Fällen zusammen, in denen er ein Notrecht mit Ersatzpflicht bei selbstverschuldeter Gefahr geben will.[2]) Außerdem hat er ein Verteidigungsrecht bei Notwehr im § 227 generell anerkannt, ohne hier Ersatz-

---

[1]) Eine völlig abweichende Anschauung vertritt Löffler, Zeitschr. f. Strafrechtswissensch. Bd. 21 S. 542 f. Er scheidet zwischen „Trutzwehr" bei bewußt rechtswidrigem Angriff und „Notwehr" in allen anderen Fällen rechtswidrigen Angriffs, wozu auch solcher durch Tiere und durch leblose Sachen gehöre. Schon die Ausdrücke sind nicht passend gewählt, denn die „Trutzwehr" setzt doch auch eine Not voraus und die „Notwehr", soweit sie Löffler zuläßt, äußert sich im „Trutz". Und sachlich läuft die Scheidung darauf hinaus, daß ein Gedanke, der de lege ferenda mehrfach ausgesprochen worden ist — Notwehrbeschränkung in bestimmten Fällen, — der lex lata imputiert wird. So treten an Stelle des einheitlichen positivrechtlichen Notwehrbegriffs zwei selbstgeschaffene Begriffe. Löffler findet dann seine Kategorien wieder in den §§ 227 und 228 B.G.B., im ersteren die Trutzwehr, im zweiten die Notwehr. Dabei mußte der Angriff durch leblose Sachen — entgegen dem geschichtlich gewordenen Notwehrbegriff — zum Notwehrfalle gemacht und der Angriff Unzurechnungsfähiger — hier im Anschlusse an eine verunglückte Bemerkung der Motive Bd. I S. 352 — mit unter § 228 gezogen werden.

[2]) Wird § 859 B.G.B. dahin aufgefaßt, daß die hier gegebenen Befugnisse über den Rahmen des gewöhnlichen Notwehrrechts hinausgehen, so entsteht ein Analogon zum Falle des Textes: der Gesetzgeber erlaubt dann näher charakterisierte Handlungen, soweit sie nicht schon nach den Regeln der Notwehr erlaubt sein würden. Praktisch wichtig besonders für § 53 Abs. 3 St.G.B. und die Zulässigkeit der Nothilfe. Die Überschreitung der Verteidigung in Bestürzung, Furcht oder Schrecken ergäbe einen Strafausschließungsgrund nur für solche Handlungen des Besitzesschutzes, die als eigentliche Notwehrakte zu erachten wären. So Lobe, Einfluß des B.G.B. auf das Strafrecht S. 40. Ebenso stünde Nothilfe nur in eigentlichen Notwehrfällen zu, Schollmeyer, Recht der Notwehr nach B.G.B. (Würzburger Rektoratsrede 1899) S. 15.

Digitized by Google

pflicht im Falle verschuldeter Not aufzuerlegen, und ein weiteres an dieser Stelle noch nicht interessierendes Notrecht in § 904 hinzugefügt.

In der Anwendung des Gesetzes muß zwischen Notwehr und Notstand eben deshalb gesondert werden, weil nur das Notstandsrecht, nicht das Notwehrrecht — vgl. die §§ 53 Abs. 2 St.G.B., 227 Abs. 2 B.G.B. — an Proportionalität von Schaden und Gefahr geknüpft ist.

Diese aus dem Wortlaute, dem Zwecke, dem Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften gewonnene Auffassung wird voll bestätigt durch die Ausführungen der Denkschrift zum Entwurfe (Ausgabe Heymann) S. 58. „Notwehr", heißt es da, „setzt einen rechtswidrigen Angriff voraus. Ob sie als solche auch gegenüber Tieren begründet sei, ist in der Strafrechtswissenschaft bestritten. Unstreitig trifft der Notwehrbegriff nicht zu bei der Gefährdung durch fremde leblose Sachen. Selbstschutz muß aber sowohl gegenüber solchen wie gegen Tiere privatrechtlich erlaubt sein. Der Entwurf erklärt demgemäß — — — die Beschädigung oder Zerstörung einer fremden gefahrdrohenden Sache für nicht widerrechtlich, wenn die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht." Also ohne die Streitfrage zu entscheiden, ob gegen Tiere Notwehr möglich, will der Entwurf gegen sie, wie gegen fremde leblose Sachen Selbstschutz jedenfalls dann zulassen, wenn u. s. w. Wie ganz anders lautete die Begründung des ersten Entwurfs Bd. I S. 349: „Ein rechtswidriger Angriff kann nach der in der Strafrechtswissenschaft herrschenden Meinung lediglich von einer Person ausgehen. Nur vereinzelte Stimmen haben sich dafür erhoben, daß Notwehr auch gegenüber andringenden, nicht als Mittel zum Angriffe benutzten Tieren begründet sei. — — — Es darf jedoch vorausgesetzt werden, daß der herrschenden Meinung der Vorzug gebührt." Die Kritik hatte die Unhaltbarkeit dieses Standpunktes erwiesen; er mußte aufgegeben werden. Die Denkschrift nahm daher eine streng neutrale Stellung ein: der Wissenschaft bleibt überlassen, die Frage der Notwehr gegen Tiere zu entscheiden; unbedingt aber, mag der Notwehrparagraph anwendbar sein oder nicht, soll Selbstschutz gegen Tiere unter den Voraussetzungen des § 228 zugelassen werden, bei selbstverschuldeter Gefahr jedoch Ersatzpflicht bestehen.

2. Indem das Notrecht auch bei verschuldeter Gefahr gegeben wird, erfährt nicht der Notwehr-, wohl aber der Notstandsbegriff des St.G.B. eine Abänderung.

Digitized by Google

Die Notwehr ist immer berechtigt, mag der abzuwehrende rechtswidrige Angriff vom Angegriffenen oder vom Nothelfer verschuldet sein oder nicht. Die „Rechtswidrigkeit" wird durch solches Verschulden des anderen Teils nicht ausgeschlossen. Hat der Angegriffene den Angriff verschuldet, so steht dem Helfer das Notwehrrecht zu, weil es jener selbst auch hätte. Und wie könnte dem Dritten, der den Angriff verschuldet hatte, die Hilfe deshalb versagt sein? Er ist ja bestrebt, die Folgen seines Verschuldens von dem Angegriffenen durch Zurückweisung des rechtswidrigen Angriffs wieder abzuwenden.

Gleichgültig ist auch, ob die den Angriff verschuldende Handlung eine fahrlässige (Körperverletzung z. B.) oder vorsätzliche (Injurie z. B.) war.

Nicht gleichgültig aber ist, wenn der Angegriffene den Angriff vorsätzlich herbeigeführt hatte, um sich einen Vorwand für die von ihm gewollte Verletzung des Angreifers zu verschaffen. X hat als Mittel der Tötung des Y das Niederschießen des angreifenden Y gewählt. Die Veranlassung des Angriffs ist Anfang der Ausführung des gefaßten Tötungs-, Körperverletzungs- u. s. w. Vorsatzes, das Niederschießen des Gegners Fortsetzung eines mit dessen Reizung beginnenden rechtswidrigen Angriffs.[1]) X befindet sich hier dem Y

[1]) Von besonderem Interesse ist der Fall, daß A den B zum rechtswidrigen Angriff auf C angereizt hat, damit B der Waffe des Angegriffenen erliege, und dieser Erfolg nun wirklich eintritt. Ist hier A wegen Mordes strafbar? (in idealer Konkurrenz mit Anstiftung zu dem Delikte, das im rechtswidrigen Angriff liegt).

War der zurechnungsfähige Angereizte sich der Möglichkeit eines solchen Ausganges bewußt oder hat doch der Anreizer dieses Bewußtsein bei ihm vorausgesetzt, so wird die Mordannahme abfällig. Denn im ersteren Falle hat der Angereizte seinen Tod als mögliche Folge des eigenen Thuns auf sich genommen und im zweiten Falle der Anreizer ein solches Verhältnis des anderen zum Erfolge unterstellt (vielleicht kulpos unterstellt, dann käme Fahrlässigkeitshaftung in Frage). In beiden Fällen stellt sich der „Wille" des Anreizers im Hinblick auf den Erfolg in Wahrheit als ein bloßer Wunsch heraus.

Dagegen wird der Anreizer unter sonst gleichen Voraussetzungen zum Mörder, wenn dem Angereizten die Kausalitätsvorstellung fehlte und jener sich dessen bewußt war. Die Haftung reduziert sich in diesem Falle auf Mordversuch bei Nichteintritt des Erfolges, während der Angegriffene ihn herbeiführen wollte. Und hat der Angegriffene nicht töten u. s. w. wollen und nicht getötet, so bleibt für den Anreizer nur ein Putativdelikt übrig: die Anreizung zum Angriff auf jemanden, der nicht töten will und in der Tat nicht tötet, ist untaugliches Mittel der Tötung des Angereizten, dieser als Angreifer eines nicht töten wollenden

Digitized by Google

gegenüber nur scheinbar im Verteidigungszustande, in Wahrheit greifen beide einander rechtswidrig an.[1])

Die Straflosigkeit der Notstandsverletzung hingegen nach § 54 St.G.B. gilt nur bei unverschuldeter, d. h. vom Notleidenden weder vorsätzlich, noch fahrlässig herbeigeführter Not. Die Gestattung der Nothilfe, in § 54 auf Angehörige beschränkt, setzt voraus, daß der Notleidende die Notlage nicht verschuldet hatte, wird aber nicht durch entsprechendes Verschulden des Nothelfers ausgeschlossen. Man darf nicht dem zu Hilfe kommen, dem die Selbsterrettung wegen eigenen Verschuldens verboten ist. Man verwirkt anderseits nicht die Beistandsgestattung durch schuldhafte Herbeiführung der fremden Not. Denn die Hilfe wird freigegeben im Hinblick auf die Lage des Notleidenden und dieser ist von Schuld frei.[2])

---

und nicht tötenden Gegners untaugliches Objekt für den Tötungsdolus des Anreizers.

[1]) De lege ferenda, nicht de lege lata versagt auch Binding, Normen II S. 204 die Notwehr.

[2]) Für Ausschluß der Nothilfe Binding, Handbuch I S. 788, dessen Ansicht der Verfasser bisher geteilt hatte. Allein die Frage wird doch dahin zu stellen sein: Ist die Hilfe vorwiegend des Notleidenden oder des Helfers wegen freigegeben? Wenn ersteres der Fall, so kann in dem Verschulden des Helfers ein Hindernis nicht gefunden werden. Gleicher Meinung de lege ferenda Hälschner I S. 497; de lege lata H. Meyer, Lehrbuch S. 288.

Besteht Ersatzpflicht des Helfers, der die Gefahr verschuldet hatte? Er handelt zwar unverboten, indem er hilft, er hat aber durch sein Verschulden die Lage herbeigeführt, in der er helfen durfte. Hätte der Notleidende sich selbst oder ein anderer Angehöriger ihm geholfen, so wäre an der Ersatzpflicht dessen, der die Lage verschuldet hatte, nach § 823 Abs. 1 B.G.B. nicht zu zweifeln. Die unverbotene Rettungshandlung würde hier unter ziviler Deliktshaftung des schuldigen Dritten geschehen. Ja, auch strafrechtliche Verantwortlichkeit des tertius käme in Betracht: er hätte schuldhaft, vorsätzlich oder fahrlässig, eine Situation gesetzt, die den Gefährdeten zu der für ihn unverbotenen Handlung nötigte. Vgl. auch Eger, Einfluß der Verschuldung beim strafrechtlichen Notstand (Diss.) S. 46, 47; Groß, Verschuldung des Notstandes (Diss.) S. 25—27 (teilweise unrichtig).

Von diesem Standpunkte aus ergibt sich die gleiche zivilrechtliche Entscheidung auch dann, wenn der Schuldige selbst die rettende Verletzungshandlung vorgenommen hat. Er handelt zwar unverboten — das Recht untersagt nicht die Errettung, — muß aber zivilrechtlich einem Delinquenten gleichgeachtet werden. Diese Gleichsetzung beruht nicht auf fiktiver unerlaubter Handlung — damit wäre nichts erklärt, — sondern auf wohlbegründetem Analogieschluß.

Sollte übrigens der Helfer die Notlage herbeigeführt haben in der Absicht, sub specie der Nothilfe zu verletzen, so wäre er wegen vorsätzlicher Verletzung strafbar.

Digitized by Google

Im § 228 B.G.B. wird nun Sachbeschädigung auch bei verschuldeter Not für nicht widerrechtlich erklärt, ein Notrecht dazu gegeben. Ist die Handlung berechtigt, so muß sie erst recht unverboten und straflos sein.[1]) Die Strafbarkeit der Verletzung in verschuldetem Notstande nach § 54 St.G.B. erleidet also in den Grenzen des § 228 eine Ausnahme.

Entsprechend der gleichen Rechtslage bei Notwehr aber muß von dieser Ausnahme wiederum eine Ausnahme gemacht werden. Hat der Handelnde die Gefahr vorsätzlich herbeigeführt, um dann auf Grund vermeintlichen Notrechts die fremde Sache zu beschädigen oder zu zerstören,[2]) so beginnt bereits mit der Herbeiführung der Gefahr die Verwirklichung eines Sachbeschädigungsvorsatzes und schließt mit der Verletzung selbst. Denn Mittel der Sachbeschädigung ist die spezielle, vom Thäter im Einzelfalle gewählte Art der Verletzung der fremden gefahrdrohenden Sache. Die Gefahrerzeugung ergibt den Anfang der Ausführung des so gefaßten Vorsatzes.[3])

Die Nothilfe wird im § 228 abweichend von § 54 St.G.B. generell, nicht nur den Angehörigen, erlaubt und ohne Rücksicht darauf, ob der Helfer oder der Bedrohte die Gefahr verschuldet hatte oder nicht.

Daß somit die Beschädigung gefahrdrohender fremder Sachen in weiterem Umfange freigegeben worden ist, als die Verletzung von

---

Das Ergebnis, daß der schuldige Dritte straflos selbst hilft, während die Rettungshandlung des Gefährdeten ihn strafrechtlich belastet, enthält keineswegs einen Widerspruch. Denn die Straffreiheit wäre eben Prämie für die Errettung des schuldhaft Gefährdeten. Zu weit ginge es, auch noch Ersatzfreiheit hinzuzufügen; die Rücksicht auf den Verletzten stände entgegen.

[1]) Richtig Cosack, Bürgerl. Recht I S. 277; Endemann I S. 442 Anm. 27. A. A. v. Liszt, Del.-Obl. S. 94; Lehrbuch § 34 (in Widerspruch mit der ganz richtigen Ausführung Del.-Obl. S. 85).

[2]) Anders, wenn die Gefahr zwar vorsätzlich, aber in der Absicht der Selbstverletzung herbeigeführt worden war und der Thäter erst in der Not seinen Entschluß änderte.

[3]) Diese Rechtslage verkennt Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen S. 8 in dem vielbesprochenen Beispiele von den zwei Strolchen, deren einer den Bernhardinerhund des X so lange reizt, bis derselbe ihn anfällt, worauf der andere, der nur auf diesen Moment gewartet hat, den Hund totschlägt. M. nimmt hier eine ersatzfreie Handlung an, weil der eine Beteiligte nicht beschädigt, der andere die Gefahr nicht verschuldet habe, und findet darin einen Fehler des Gesetzes, während doch die Strolche Mitthäter vorsätzlicher Sachbeschädigung und daher strafbar und solidarisch ersatzpflichtig sind.

Digitized by Google

Personen im Notstande, kann dem Gesetze nicht zum Vorwurf gereichen, wiegen doch die Güter der Persönlichkeit höher als die des Vermögens.

Liszt meint S. 94, das Verteidigungsrecht gegen Personen und gegen Sachen sei infolge des § 228 widersprechend bestimmt und führt folgendes Beispiel an: „Wenn ich den Stier reize, bis er auf mich losgeht, und ihn nun töte, bin ich ersatzpflichtig und strafbar; habe ich aber einen Geisteskranken absichtlich so lange gereizt, bis er mich angreift, so kann ich ihn straflos niederschießen." Allein: Erfolgte die Reizung mit dem Vorsatze der Tötung, so ist in beiden Fällen Strafbarkeit begründet, mag man nun bei dem Tierangriff Notwehr oder Notstand annehmen. Fehlte es an diesem Vorsatz, so schließt die Verschuldung des Angriffs gegenüber dem Geisteskranken Notwehr weder nach früherem, noch nach jetzigem Rechte aus, während für den verschuldeten Tierangriff nach früherem Rechte die Subsumtion unter Notwehr oder Notstand maßgebend sein würde, nach heutigem Rechte aber unbedingt ein Notrecht gegeben ist. Nur darin könnte ein Widerspruch gefunden werden, daß bei verschuldetem Angriff die Tötung des Stiers, nicht die des Geisteskranken ersatzpflichtig macht, also nicht in der Bestimmung des Notrechts, sondern in der Regelung der Ersatzfrage.

3. Einem gefahrdrohenden fremden Sachgute steht im Falle des § 228 ein irgendwelches Gut des Bedrohten gegenüber. Der Schaden, den er zu besorgen hat, kann Vermögens- oder anderer Schaden sein.

Bloße Gewinnaussicht ist für sich ein Gut noch nicht.[1]) Sie kommt nur in Betracht, wenn sie an ein bedrohtes Gut (Haus, das mit Vorteil verkauft werden kann; maschinelle Vorrichtung; Rennpferd; Arbeitskraft des Bedrohten u. s. w.) sich anknüpft.

Entscheidend ist nicht sowohl das Wertverhältnis der Güter, als die Vergleichung der Schäden, die dem einen drohen und dem anderen zur Abwendung der Gefahr zugefügt werden müßten.

Schaden auf seiten der gefahrdrohenden Sache bedeutet den Sachschaden, nicht das Interesse ihres Eigentümers an der Sachintegrität. Es wäre verkehrt und ungerecht, wenn eine gefahrdrohende fremde Sache zur Abwendung der Gefahr nur beschädigt werden dürfte, falls das Interesse an der Erhaltung der bedrohten eigenen Sache in Proportion stände zu dem Interesse des anderen

[1]) Zu weitgehend Titze, Notstandsrechte S. 102.

Digitized by Google

an der Erhaltung seiner gefahrdrohenden Sache. Eine solche Beschränkung des Notrechts würde wie ein Freibrief wirken, eigene Interessen, soweit sie an ein sachliches Substrat gebunden sind, zu verfolgen unter rücksichtsloser Gefährdung geringerer fremder Interessen durch dieses Substrat. Ob bei Versagung des Notrechts Ersatz entstandenen Schadens für den Betroffenen rechtlich, thatsächlich erreichbar wäre, bliebe abzuwarten. Da das Interesse den entgangenen Gewinn umfaßt, so müßte der Bedrohte sich mit dem Gedanken beruhigen, daß dem Gegner ein den eigenen Schaden übersteigender Gewinn bevorstände: ein eigentümlicher Trost.

Wie aus dem Zusammenhang und den Materialien des Gesetzes sich ergibt, hat für das Notrecht des § 228 das Notwehrrecht ein Analogon geliefert. Im Falle der Notwehr aber ist das Interesse des Bedrohten allein maßgebend. Schon deshalb ist die Beschränkung des Notrechts im § 228 gewiß nicht auf das Interesse des Gegners mit zu beziehen.

Die Sachbeschädigung und der Schaden des Gegners sind im Gesetze in engste Verbindung gebracht: „wenn die Beschädigung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht". Der „Schaden" bedeutet offensichtlich den Sachschaden.

Kein Gegengrund ist, daß der Handelnde zum Schadensersatze, also zur Leistung des Interesse, verpflichtet ist, wenn er die Gefahr verschuldet hatte. Das ist ja nur in der Ordnung. Überwiegt in solchem Falle zwar nicht der Sachschaden, aber das Interesse des Gegners das eigene Interesse, so mag sich der Bedrohte zweimal besinnen, ehe er verletzt. Aber er darf verletzen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob bei verschuldeter Gefahr das Notrecht nicht richtiger an Proportion der Interessen geknüpft worden wäre. Es ist jedenfalls nicht geschehen.

Auf seiten des Bedrohten entscheidet bei Prüfung der Proportionalität immer das Interesse. Nicht der Affektionswert der bedrohten Sache. Denn damit wäre das Proportionalitätserfordernis thatsächlich aufgegeben und eine Quelle unbilligster Schädigungen erschlossen, zumal der Eigentümer der gefahrdrohenden Sache von jeder Schuld frei sein kann.

Daß das Interesse des Bedrohten eine Gewinnaussicht unter den Voraussetzungen des § 252 B.G.B. mit einschließt, leidet keinen Zweifel. Seinerseits werden bei Abwägung der Verhältnismäßigkeit damnum emergens und lucrum cessans veranschlagt.

Digitized by Google

Der so taxierte eigene Schaden braucht nicht größer oder doch ebenso groß zu sein als der zuzufügende, er darf nur nicht erheblich geringer sein, muß ihm annähernd entsprechen. Und ein ganz minimaler Schaden gibt nach der ratio legis überhaupt nicht ein Notrecht zur Verletzung.[1])

Kann die Gefahr gebannt werden durch geringeren eigenen Schaden — Aufopferung einer Sache z. B. —, während die Beschädigung der gefahrdrohenden Sache erheblich höheren Schaden verursachen würde, so ist dieser eigene Schaden hinzunehmen.

Für einen Schadensersatzanspruch des Gegners normieren die §§ 249—252 B.G.B.

Auch § 254 ist anwendbar: der Handelnde hat zwar die Gefahr verschuldet, es konkurrierte aber ein Verschulden des Geschädigten bei Entstehung der Gefahr oder gegenüber der schädigenden Handlung des Gefährdeten.

Die Verjährung des Ersatzanspruchs richtet sich nicht nach Deliktsobligationenrecht, § 852, sondern nach der allgemeinen Norm des § 195.

Fehlt es — wegen mangelnder Proportionalität — am Notrechte des Bedrohten, so ist dieser auf einen etwaigen Schadensersatzanspruch gegen den Eigentümer der gefahrbringenden Sache angewiesen. Es entscheiden dafür die allgemeinen Grundsätze des Deliktsobligationenrechts.

4. Mit den beiden Voraussetzungen des § 228 — wenn die Beschädigung u. s. w. zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist; wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht — ist das Notrecht zur Beschädigung jedenfalls gegeben.

Ganz falsch aber wäre das argumentum e contrario, daß mit dem Wegfall auch nur einer der Bedingungen stets das Verletzungsrecht entfalle. Denn es will eben der Gesetzgeber jedenfalls, nicht nur beim Thatbestande des § 228 ein Notrecht geben. Das generelle im § 227 anerkannte Notwehrrecht besteht unberührt fort und wird in seinen Voraussetzungen durch § 228 nicht beschränkt.

Vielmehr ist zu unterscheiden:

a) Die erste Bedingung, daß die Verletzung zur Abwendung der Gefahr erforderlich war, ist auch dem Notwehrrechte wesentlich. Allerdings mit einer sehr erheblichen Modifikation: die Notstands-

[1]) Hat doch auch das R.G. (3. Str.S.) E. Bd. 10 S. 122 mit vollem Rechte verneint, daß an schlechthin wertlosen Gegenständen Sachbeschädigung begangen werden könne.

Digitized by Google

verletzung ist subsidiäres Mittel, die Notwehrhandlung nicht! Doch mag diese Verschiedenheit hier zunächst außer Betracht bleiben. Der Tierangriff, S. 261, gibt Anlaß, darauf zurückzukommen.

Es kann, wenn diese Voraussetzung gefehlt hat, ein Notrecht zur Sachbeschädigung auch auf die §§ 53 St.G.B., 227 B.G.B. nicht gegründet werden.

Der Notwehrexzeß erzeugt, mag Vorsatz oder Fahrlässigkeit dabei vorgelegen haben, stets einen Deliktsersatzanspruch. Da § 823 B.G.B. nicht verlangt, daß die schuldhaft widerrechtliche Handlung auch strafbar war, so steht der Strafausschließungsgrund des § 53 Abs. 2 (Überschreitung der Verteidigungsgrenzen in Bestürzung, Furcht oder Schrecken) der Ersatzpflicht nicht entgegen.[1]) Eine leidige Thatsache ist, daß im schwurgerichtlichen Verfahren das Vorhandensein straflosen Notwehrexzesses, obwohl dabei Ersatzpflicht bestehen würde, sich der Feststellung entzieht. Die Geschworenen haben bei Annahme der Notwehr und des straflosen Exzesses gleichmäßig die Schuldfrage zu verneinen; eine besondere Frage wird ihnen nicht vorgelegt.

Der schuldhafte Notstandsexzeß ergibt zivile Haftung aus § 823 und — im Falle des Vorsatzes — auch Strafbarkeit nach § 303 St.G.B. Nur der Schaden darf angerichtet werden, der erforderlich ist, um die Gefahr zu bannen.

Putative Notwehr und putativer Notstand schließen, da das St.G.B. fahrlässige Sachbeschädigung nicht kennt, die Strafbarkeit aus, lassen aber bei Unentschuldbarkeit des Irrtums zivile Haftung zurück, § 823 B.G.B.

b) Fehlte die Proportionalität von Schaden und Gefahr, so wird die Art der Notlage, ob Notwehr- oder Notstandssituation, bedeutsam.

α) Für die Notwehr gilt ein solches Erfordernis nicht. Weder das Unverbotensein, noch die Rechtmäßigkeit der Notwehrverletzung ist davon abhängig. Auch kommt dabei nicht in Betracht, welcher Art das bedrohte Rechtsgut war (Leben, Körperintegrität, Eigentum u. s. w.).

---

[1]) Schollmeyer, Notwehr nach B.G.B. S. 24 bestreitet die Ersatzpflicht, soweit es an Fahrlässigkeit fehle. Diese ist aber bei § 53 Abs. 3 immer vorhanden. Vgl. Hälschner, d. Strafrecht I S. 483 u. s. w.

Allerdings kann durch „Bestürzung, Furcht oder Schrecken" die Schuld überhaupt aufgehoben werden. Auf diesen Fall aber findet nicht § 53 Abs. 3, sondern § 51 Anwendung.

Digitized by Google

β) Ob der Notstandsbegriff des § 54 St.G.B. die Proportionalität erfordert, ist nicht unbestritten.[1]) Darüber aber kann kein Zweifel sein, daß die Beschädigung einer fremden Sache zur Erhaltung von Leib oder Leben niemals außer Verhältnis zu der Gefahr steht, mag die Sache auch noch so wertvoll sein.[2]) Beschädigung der gefahrdrohenden Sache im Notstande für Leib oder Leben ist ausweislich des § 54 unverboten und nach § 228 rechtmäßig. Der Sacheigentümer ist verpflichtet, die Sachbeschädigung zu dulden und hat ihr gegenüber kein Notwehrrecht;[3]) es hat vielmehr der Gefährdete gegen jenen ein Zwangsrecht, wenn er sich der Beschädigung aktiv oder passiv widersetzt. Das Notrecht des § 228 schließt seiner Bestimmung gemäß Privatzwangsbefugnis ein und es darf daher der Widerstand des zur Duldung Verpflichteten nicht nur unter den Voraussetzungen der Selbsthilfe[4]) (§ 229 B.G.B.) vom Berechtigten gebrochen werden.

Falsch ist, in der Zwangsübung, wie es vielfach geschieht, Notwehr zu finden.

Wer sich einem Eingriff in die eigene Rechtssphäre widersetzt, den er zu dulden verpflichtet wäre, macht sich nicht eines rechtswidrigen Angriffs im Sinne des Notwehrparagraphen, sondern rechtswidriger Verteidigung schuldig. Man möchte einwenden, er greife — bei aktivem Widerstande — die Freiheit des anderen dadurch an, daß er ihn zur Unterlassung nötigen wolle.[5]) Allein hierbei werden zwei Bedeutungen des Wortes „Angriff" miteinander vertauscht: der „Angriff" auf ein Rechtsgut, wie er in jedem Verletzungs- und Gefährdungsdelikt steckt, und der „Angriff" im spezifischen Sinne der Notwehrlehre. Die bloße Verteidigung eines Gutes, auch wenn sie unberechtigt ist, ergibt nicht einen zur Notwehr berechtigenden Angriff.[6]) Die Anerkennung eines Notwehrrechtes in diesem Umfang wäre, zumal über die Berechtigung einer Verteidigung leicht geirrt werden kann,

---

[1]) Näheres bei Binding, Handbuch I S. 774, 783.

[2]) Übereinstimmend Planck zu § 228 Bem. 1c.

[3]) Vgl. auch Binding, Grundriß § 76 unter VI.

[4]) Für Selbsthilfe Titze S. 35, 113.

[5]) So Planck zu § 904 Bem. 3 α β; Endemann I S. 443; Pretsch, Notstandsrecht (Diss.) 1899 S. 39 f.; Arter, Inwiefern sind die §§ 228, 904 B.G.B. für das Strafrecht von Bedeutung? (Diss.) 1899 S. 24.

Baumann, Notstandsbestimmungen des B.G.B. Diss. 1902 S. 64, 65 gibt gegen aktiven Widerstand Notwehr, gegen passiven (Weigerung, eine Thür, ein Behältnis zu öffnen, einen Schlüssel herauszugeben u. s. w.) Selbsthilfe. Beides ist unzutreffend.

[6]) Vgl. R.G. 3. Str.S. E. Bd. 19 S. 299.

Digitized by Google

mit einer Friedensordnung kaum verträglich. Es hat denn auch B.G.B. im § 229 dem Berechtigten den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, nur dann selbst zu brechen erlaubt, „wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde". Das sind Voraussetzungen, von denen das Notwehrrecht nichts weiß, durch deren Anerkennung die Zulässigkeit der Notwehr positiv widerlegt wird. Und doch kann ein solcher Widerstand den Thatbestand strafbarer Nötigung erfüllen, auch dann ergibt er Notwehrrecht nicht.

Die Rechtslage ändert sich, falls dem Eingriffe, dem Anspruche, Zwangsbefugnis zur Seite steht.

Das Notrecht (und ein mit ihm gegebenes Nothilferecht) ist dem zur Duldung Verpflichteten gegenüber nicht ein Notwehrrecht, wohl aber ein Zwangsrecht,[1]) das nach Analogie der Notwehr jeden Angriff legitimiert, der erforderlich ist, um die rechtswidrige Verteidigung zu brechen.

Besteht hingegen der Zustand bereits, dessen Herbeiführung man zu dulden verpflichtet wäre, so ist der Versuch, ihn gewaltsam rückgängig zu machen, rechtswidriger Angriff und dagegen eigentliche Notwehr begründet. Beispiel: A hat die fremde Sache in Händen, auf die er im Notfalle nach § 904 B.G.B. einzuwirken berechtigt ist; der Eigentümer sucht sie ihm zu entreißen.[2])

Ähnlich liegt es im Falle des § 113 St.G.B.: Der Beamte hat gegen Widerstand, auf den er stößt, ein spezifisches Zwangsrecht, gegen einen Angriff nach Durchführung der Vollstreckungshandlung (Versuch der Wiedererlangung der schon gepfändeten Sache) das allgemeine Recht der Notwehr.[3])

γ) Beschädigung einer fremden gefahrdrohenden Sache zum Schutze des Eigentums ist unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit nach § 228 immer rechtmäßig.

Im gegenteiligen Falle bleibt der Notwehrakt dennoch recht-

---

[1]) Ganz verkannt von Cohn, Behandlung des Notstandes in den §§ 228 und 904 B.G.B. (Diss. 1901) S. 50 f.

[2]) Notwehr bei Rechtsbesitz: §§ 1029, 1090 B.G.B.

[3]) Der „thätliche Angriff" gegen den Beamten „während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes", § 113, braucht nicht Widerstandsakt zu sein. Ist er es, so konkurrieren in der Person des Beamten Zwangsrecht und Notwehr; ist er es nicht, so kommt nur Notwehr in Betracht.

Digitized by Google

mäßig, weil die §§ 53 St.G.B., 227 B.G.B. Proportionalität nicht verlangen.

Dagegen werden Rechtmäßigkeit und Unverbotensein des Notstandsaktes durch Unverhältnismäßigkeit der Schädigung ausgeschlossen. Beides folgt aus § 228 B.G.B. in Verbindung mit § 54 St.G.B. Eigentumsnotstand wird im § 54 nicht berücksichtigt; indem das Gesetz im § 228 die Sachbeschädigung im Eigentumsnotstande gestattet, erweitert es die Ausnahme vom Verletzungsverbot, aber die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit ist die Schranke dieser Erweiterung.

5. Rechtswidriger Angriff im Sinne der Notwehrlehre ist nicht nur der verbotene, sondern jeder Angriff, zu dessen Erduldung man nicht verpflichtet ist, also jeder nicht berechtigte Angriff.[1]) Die Deutung des „rechtswidrigen Angriffs" wird daher gar nicht berührt von der vielumstrittenen Frage des objektiven Unrechts. Dem Tier gelten nicht die Verbote, aber ebenso gewiß ist, daß seinem Angriffe die subjektive Berechtigung fehlt. Der Tierangriff ist „rechtswidriger Angriff".[2]) Die vom Verletzungstrieb ausgelöste (oder doch die Gefahr einer Verletzung ergebende) Aktion eines Lebewesens, hier eines Tieres, einen „Angriff" zu nennen, hat den gemeinen Sprachgebrauch für sich. Dagegen fehlt es am Angriff, wenn ein Tier durch seine bloße Beschaffenheit (rotzkrankes Pferd z. B.) Gefahr droht. Mit dem Einwande, ein Verstoß gegen

[1]) Vgl. Binding, Handbuch I S. 738 und die dort Zitierten.

Die Doppelbedeutung von „rechtswidrig" in den Verbindungen „rechtswidriger Angriff" (= subjektiv nicht berechtigt) und „rechtswidriges Verhalten" (= normwidrig) verkennt R. Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen S. 37 in seiner Polemik gegen Binding.

[2]) Sehr richtig Cosack, Bürg. Recht I S. 275.

A. A. Titze, Notstandsrechte S. 17, 82, 83; Lindelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 75, 76; Schollmeyer, Notwehr nach B.G.B. S. 19; Endemann, Bürg. Recht I S. 433 Anm. 4; Enneccerus I S. 359; Crome I S. 535; Matthiaß I S. 298; Hölder zu § 227 Bem. 1; Gareis zu § 227 Bem. 7; Bigelius, Notwehr gegen Tiere S. 32, 33, 43; Haller, Selbstverteidigung und Selbsthilfe Diss. (1900) S. 23; Schrader, Notwehr und Notstand Diss. (1901) S. 28; Bauer, Strafrechtl. Notstand (1902) S. 28.

Über die kriminalistische Litteratur s. Binding, Grundriß § 75 I 4.

R.G. 1. Str.S.E. Bd. 34 S. 296 meint, der Angriff des fremden Tieres erzeuge nach § 228 B.G.B. nur Notstand. Allein es ist eben unrichtig, die Beschränkung auf Notstand in den § 228 hineinzuinterpretieren.

Mot. zu E. I S. 349 nehmen in wenig klarer Weise ein von Notwehr und Notstand verschiedenes Selbstverteidigungsrecht an. Ebenso die Denkschrift S. 35 f.

Digitized by Google

die Rechtsordnung könne nur von einem Rechtssubjekte ausgehen, stellt man sich fälschlich auf den Standpunkt des Angreifers statt auf den des Angegriffenen.[1]) Es kommt nicht darauf an, ob der Angriff ein normwidriges Verhalten des Angreifers ergibt; entscheidend ist, was Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft bei Bemessung des Verteidigungsrechts unter „rechtswidrigem Angriff" verstehen und verstehen müssen, sollen nicht die Rechtsgüter in der Stunde der Gefahr des genügenden Schutzes ermangeln.

Die Annahme bloßen Notstandes bei Tierangriffen führt zu unmöglichen Konsequenzen. Das ist besonders klar, wenn von dem Notrechte des § 228 zunächst abgesehen und lediglich § 54 St.G.B. angewendet wird. A darf dann ein Kind, das nicht zu seinen Angehörigen zählt, vor einem bissigen Hunde nicht schützen. Er muß es ruhig mit ansehen, wenn der Hund des Nachbarn seine Hühner attackiert u. s. w.

Nun hat sehr mit Recht § 228 die Verletzung der fremden gefahrdrohenden Sache, also auch des fremden Tieres, in Selbstverteidigung und in Nothilfe unter der Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit von Schaden und Gefahr generell gestattet und dadurch insoweit die Notstandstheorie für den Tierangriff praktisch unschädlich gemacht.

Aber auch nur insoweit. Die Proportionalität bedingt nicht den Eigentumsschutz gegen den angreifenden Menschen. Sie würde bei Notstandsannahme bedingen die Eigentumsverteidigung gegen fremde angreifende Tiere.[2]) Um an ein Beispiel v. Liszts, Deliktsobligationen S. 87,[3]) anzuknüpfen: den teuern Rassehund, der mir den Sonntagsbraten wegholen wollte, müßte ich gewähren lassen; einen Menschen könnte ich in gleichem Falle, wenn ich sonst den Braten einbüßen würde, niederschießen. Und gegen den Angriff eines jagdbaren, also nicht fremden Tieres dürfte man sich und andere nur im Umfange des § 54, also weder die eigenen Sachgüter, noch Leben und Leib Nichtangehöriger, schützen: die Strafe

[1]) Vgl. vor allem Binding, Handbuch I S. 735 f.

[2]) Bigelius, Notwehr gegen Tiere S. 39 will gar statt des § 228 den § 904 anwenden, was zweifellos unrichtig ist.

[3]) Gerade dieses Beispiel hätte v. Liszt gegen die von ihm vertretene Gesetzesauslegung, wonach die Verteidigung gegen den Hund nur bei Proportionalität von Schaden und Gefahr zulässig wäre, stutzig machen sollen. Da v. Liszt S. 91 selbst gegen das angreifende Tier Notwehr gibt, so mußte er sie auch trotz § 228 im Umfange des § 53 St.G.B. gestatten.

Wie Liszt auch Liepmann, Einl. in das Strafrecht S. 183.

Digitized by Google

des § 292 St.G.B. wäre verwirkt, wenn nicht gerade der Thäter am Orte der That das Jagdrecht gehabt hätte![1])

Zudem ist die Notstandsverletzung nur in Ermangelung anderer Mittel, der Gefahr zu entgehen, unverboten. Es wäre aber doch eine starke Zumutung, wenn man vor einem Hunde, den man mit einem Stockschlag abwehren könnte, Reißaus nehmen müßte und dann etwa im nächsten Hause so lange zu warten hätte, bis es dem Hund gefiele, sich zu trollen. Es ist zu hoffen, daß angesichts solcher Konsequenzen die bekämpfte Lehre endgültig aufgegeben wird.

6. Bei Eigentumsnotstand reicht das Notrecht zur Verletzung der gefahrdrohenden Sache nicht weiter als die Verhältnismäßigkeit. Der Eigentümer der wertvollen Sache braucht deren Verletzung zum Schutze einer geringwertigen Sache nicht zu dulden und hat gegen einen solchen Versuch Notwehrrecht. Die Sachbeschädigung ist in solchem Falle nicht nur nicht rechtmäßig, sondern verboten. Weder § 228 B.G.B., noch § 54 St.G.B. steht ihr zur Seite.

Die Verletzung anderer Rechtsgüter, fremden Lebens, fremder Körperintegrität, im Notstande für Leib und Leben ist unter den Voraussetzungen des § 54 St.G.B. zwar unverboten, aber nicht durch Anerkennung eines Notrechtes sanktioniert. Vielmehr steht gegen den Verletzungsversuch dem anderen das Notwehrrecht zu und es erhellt deutlich, daß der „rechtswidrige Angriff" im Sinne der Notwehrlehre nicht zu bestimmen ist als der *verbotene*, vielmehr als der *nicht berechtigte* Angriff.

Die Einwirkung auf nicht gefahrdrohende fremde Sachen zur Abwendung einer Notlage steht unter den Grundsätzen des § 904 B.G.B. Davon ist später zu handeln.

Die Anschauungen der Beteiligten über den Sachwert, die Schadenshöhe können differieren. Konflikte, bei denen jeder der Streitenden im Rechte zu sein glaubt, Gewaltthätigkeiten, für die keiner von beiden — mangels kriminellen Verschuldens — gestraft werden kann, sind denkbar. Wesentlich ist, daß für die Wertung

---

[1]) Vgl. auch Binding, Grundriß § 75 unter I 9.

Durch Urt. v. 7. Oktober 1901 (mitgeteilt in der Jur. Zeit. VII S. 152) hat der 1. Str.S. des R.G. den § 228 auf die Tötung eines jagdbaren Tieres (im untergebenen Falle eines Marders) angewendet. Es verdient gewiß volle Zustimmung, daß im Gegensatz zur 1. Instanz das R.G. die in rechtmäßiger Verteidigung des Eigentums erfolgte Tötung nicht als Jagdvergehen charakterisiert hat. Aber es wäre nicht § 228 — denn das jagdbare Tier ist nicht „fremde Sache", — vielmehr § 227 anzuwenden gewesen.

Digitized by Google

des drohenden Schadens das Interesse des Gefährdeten an der Sacherhaltung den Ausschlag gibt. In dubio thut der Eigentümer der gefährdenden Sache gut daran, den Widerstand gegen ihre Verletzung zu unterlassen, da es eben seine Sache ist, die Gefahr droht und die Proportionalität vom Standpunkt des Gefährdeten aus zu prüfen ist. In Ermangelung der Proportionalität ist die Sachbeschädigung im Eigentumsnotstande verboten und erzeugt daher für den Betroffenen einen Ersatzanspruch.

7. Hat der Inhaber des gefährdeten Guts, statt durch Beschädigung der gefahrdrohenden Sache den Schaden abzuwenden, diesen hingenommen, die eigene Sache geopfert u. s. w., so kann er einen Ersatzanspruch nicht deshalb geltend machen, weil er dem Gegner einen Schaden erspart habe[1]) — es stand ja bei ihm, sein Notrecht zu gebrauchen; das Gesetz räumt nicht ein Wahlrecht ein, die fremde Sache zu beschädigen oder es als negotiorum gestor des anderen zu unterlassen — vielmehr nur, sofern dem Gegner ein zum Ersatz verpflichtendes Verhalten, ein Delikt u. s. w., zur Last fällt.

Erst recht fehlt es am Ersatzanspruche wegen Nichtschädigung des Gegners, wenn in Ermangelung der Verhältnismäßigkeit die gefahrdrohende Sache nicht verletzt werden durfte.

In einem singulären Falle aber findet dennoch Schadloshaltung des Eigentümers statt, der auf Schadenszufügung verzichtet oder sie wegen fehlender Proportionalität pflichtmäßig unterlassen hat. Vgl. Art. 7 des internat. Vertr. z. Schutze der unterseeisch. Telegr.-Kabel v. 14. März 1884: „Die Eigentümer von Schiffen oder Fahrzeugen, welche zu beweisen vermögen, daß sie, um einem unterseeischen Kabel keinen Schaden zuzufügen, einen Anker, ein Netz oder ein sonstiges Fischereigerät geopfert haben, sollen von dem Eigentümer des Kabels schadlos gehalten werden." Beschädigung des Kabels zur Erhaltung eines Fischereigeräts würde gewiß dem Proportionalitätserfordernis nicht entsprechen:[2]) der Ersatz ist hier Prämie rechtmäßigen Verhaltens, motiviert durch das Interesse an der Intaktheit des Kabels. Bei Kollision des Ankers mit dem Kabel[3]) kann es anders stehen, indem das Aufgeben des Ankers vielleicht eine Gefahr für die Sicherheit des Schiffes und der Mannschaft ergibt: wurde dann

[1]) So Titze S. 116.

[2]) Vgl. auch Titze, Notstandsrechte S. 100; Eck, Vorträge über B.G.B. S. 221.

[3]) Auf diesen Fall bezieht sich die bekannte Entscheidung des RG. 1. C.S. E. 5, 160 f.

Digitized by Google

trotzdem das Kabel geschont, der Anker geopfert, so ist zur Belohnung des Verzichts der Wert des Ankers zu ersetzen.

8. Das Gesetz gestattet die Beschädigung der gefahrdrohenden Sache, eine Voraussetzung, die in mehrfacher Hinsicht noch der näheren Bestimmung bedarf.[1]) Gefahrdrohend ist auch diejenige Sache, die in ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit bereits schädigt und ohne Gegenmaßregeln weiteren Schaden bringen wird.

Abwendung einer Gefahr ist häufig auch möglich durch Einwirkung auf eine andere als die gefahrdrohende Sache: ein Notrecht in dieser Hinsicht gibt § 904 B.G.B. Um die Tragweite des § 228 und sein Verhältnis zu § 904 bestimmt bemessen zu können, bedarf es der Verständigung über den Begriff der gefahrdrohenden Sache.

Die Beschädigung oder Zerstörung der Sache bezweckt, die Quelle der Gefahr zu verstopfen, die Sache ihrer gefährlichen Eigenschaft zu entkleiden, sie ungefährlich zu machen. Analog ist die Unbrauchbarmachung von Sachen nach strafgesetzlicher Vorschrift.

Die Maßregel richtet sich gegen diejenige Sache, welche die Gefahr erzeugt. Einwirkung auf eine Sache, die in ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit die Gefahr nicht ergibt, aber sie leicht weitergeben, fortpflanzen kann, wird nach Bedarf zwar ebenfalls erlaubt — in § 904 —, aber nur mit der Folge der Ersatzpflicht. Die Gefahr dagegen, welche eine Sache für die andere ergibt, wird unter den Voraussetzungen des § 228 auf den Eigentümer der gefährdenden Sache zurückgeworfen, indem deren ersatzfreie Beschädigung zur Abwendung der Gefahr dem anderen Teile frei stehen soll. Der Grundgedanke des Gesetzes ist: es trägt die Gefahr, wer nicht hindert, nicht hindern will oder kann, daß seine Sache Quelle der Gefahr für andere wird.[2]) Im höchsten Maße unbillig aber wäre, auch alle diejenigen Eigentümer die Gefahr tragen zu lassen, deren Sachen die Gefahr nur fortpflanzen können, meist selbst gefährdet, jedenfalls nicht die Quelle der Gefahr sind.

So wird notwendig, scharf zu scheiden zwischen gefahrerzeugenden und gefahrvermittelnden Sachen. Das

[1]) Unmöglich ist analoge Anwendung auf den Angriff eines Unzurechnungsfähigen. Vgl. dagegen insbesondere Birkmeyer, Mecklenburg. Zeitschr. Bd. VII S. 192.

[2]) Mißverständlich ist, den Mangel eines Schadensersatzanspruchs als Strafe für den Träger des gefahrdrohenden Gutes anzusehen. So Gentsch, Selbstverteidigung gegen fremde Sachen (Diss. 1899) S. 31.

Digitized by Google

brennende Haus A ist gefahrerzeugende Sache, das vom Brande noch nicht ergriffene Nachbarhaus B gefährdete Sache und nach Umständen zugleich gefahrvermittelnde Sache für das weiter anstoßende Haus C.

Gefahrdrohende Sache ist diejenige, welche in ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit die Gefahr erzeugt. Gleichgültig, ob dies zutrifft vermöge der Beschaffenheit der Sache an und für sich — brennendes Nachbarhaus — oder vermöge der Beschaffenheit einer anderen in ihr enthaltenen Sache — brennendes, nicht benachbartes Haus, in dem Explosivstoffe lagern. Hiernach ist in dem mehrfach angeführten Beispiel von der Traufe, die infolge eines Wolkenbruches dem Nachbargrundstück in gefahrdrohender Weise Wasser zuführt, nicht sowohl das Wasser, als die das Wasser aufnehmende und auf das Nachbargrundstück leitende Traufe die gefahrdrohende Sache im Sinne des § 228. Oder soll beim Brande eines Pulverschuppens nur das Pulver, nicht der Schuppen gefahrdrohende Sache sein? Die wassersammelnde Traufe, der pulvergefüllte Schuppen bringen die Gefahr. Den gefährlichen Sachinhalt selbständig zu setzen und nur in ihm die gefahrdrohende Sache zu finden, ist eine gekünstelte, den Zweck des Gesetzes vereitelnde Unterscheidung.

Gefahrdrohende Sache ist nicht schon die gefahrvorbereitende Sache. Ich darf nicht die Traufe des Nachbarn präventiv zerstören, wenn ein Wolkenbruch zu drohen scheint. Denn erst bei Eintritt dieses Ereignisses bringt mir die Traufe, die wassergefüllte Traufe, wirklich Gefahr. Doch bleibt zu bedenken, daß Gefahrvorbereitung und Gefährdung sich nicht immer in gleich scharfer Weise voneinander trennen lassen, wie Verletzungsvorbereitung und Verletzung. Denn das Rechnen mit Gefahren ist Rechnen mit Wahrscheinlichkeiten. Der Schornsteinbrand im Nachbarhause macht dieses — von besonderen Umständen abgesehen — noch nicht zur gefahrdrohenden Sache. Aber es bereitet sich in ihm eine Gefahr vor und es bedarf der Gegenmaßregeln, damit nicht das Haus zur wirklichen Gefahr für die Nachbarschaft werde. Beim Dachstuhlbrande wird es meist schon anders stehen. Wer vermöchte hier eine scharfe Grenze zu ziehen und bestimmt den Moment zu markieren, mit dem die Gefahrvorbereitung in die Gefahr übergeht? Gewiß ist der brennende Schornstein selbst gefahrdrohende Sache, aber darum ist's noch nicht schon das ganze Haus, in ihm beginnt erst eine Gefahr sich zu bilden.

Gefahrvorbereitende Sache kann auch eine andere sein als die

Digitized by Google

präsumtiv Gefahr bringende Sache.[1]) Das Notrecht des § 228 besteht dann nur für Beschädigung u. s. w. der letzteren. Das Bellen eines ungefährlichen Hundes lockt vielleicht einen anderen Hund herbei, der nicht nur zu bellen, sondern auch zu beißen pflegt. Ob hier aus der Situation eine wirkliche Gefahr sich entwickelt und von wann an sie droht, ob bereits mit dem alarmierenden Bellen des einen oder erst mit der Annäherung des anderen Hundes, hängt ganz von den Umständen des Einzelfalles ab; abstrakte Grenzbestimmung ist unmöglich. Niemals aber fällt Beschädigung der gefahrvorbereitenden Sache unter § 228, wohl kann solche nach § 904 erlaubt sein. Es wäre ja auch höchst ungerecht, dem Eigentümer, dessen Sache selbst gar nicht gefährdet hat, unter Anwendung des § 228 den Ersatzanspruch zu nehmen. Nur mit Ersatzpflicht, gemäß § 904 darf beschädigt werden. Ob die Voraussetzung dazu, gegenwärtige von anderer Seite her drohende Gefahr u. s. w., vorlag, ist nach billigem richterlichen Ermessen zu beurteilen. Die Gefahr im vermögensrechtlichen Sinne trifft entweder den Gefährdeten oder den Herrn der gefahrdrohenden Sache, aber nicht den Eigentümer der nur gefahrvorbereitenden Sache. Die Gefahrvorbereitung kann auch durch mehrere Sachen hindurch gehen, bis schließlich in einer Sache wirkliche Gefahr entsteht. Das Bellen des Hundes 1 wird aufgenommen von den Hunden 2 bis 6 und es wird so erst durch deren Vermittelung der bissige Hund 7 alarmiert u. s. w. Sache 1 droht mir nicht deshalb Gefahr, weil sie die Gefahr bringt, daß durch die Sache 2 die Gefahr entstände, Sache 3 u. s. w. könne mich gefährden.

Die Art und Weise der Gefahrerregung durch die fremde Sache begründet einen Unterschied nicht. Immer darf der Gefährdete, wenn er nicht selbst die Gefahr verschuldet hat, frei von Ersatzpflicht beschädigen, zerstören. Diese Regelung führt aber unverkennbar nicht selten zu Unbilligkeit. Ist es wirklich immer gerechtfertigt, daß derjenige, dessen Sache einen anderen in beiderseits unverschuldeter Weise gefährdet hat, unter den Voraussetzungen des § 228 den Schaden tragen muß? Auch wenn die Sache durch ein Naturereignis, das nicht auf sie, sondern auf das Gut eines anderen einwirkte, für dieses gefahrdrohend geworden ist? Auch wenn durch ein Thun des Gefährdeten — ohne dessen Schuld — die Gefahr

[1]) Vgl. auch Cohn, Behandlung des Notstandes in den §§ 228 und 904 B.G.B. Diss. 1901 S. 25 f.

Digitized by Google

mit verursacht worden ist? Beispiele bieten die Fälle der l. 29 § 3 D. ad leg. Aq. 9, 2: Labeo scribit, si quum vi ventorum navis impulsa esset in funes ancorarum alterius, et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt.[1]) Zu derselben Entscheidung, wie Labeo u. s. w. sie fällt, führt — Proportionalität vorausgesetzt — heute § 228. Wäre es nicht weit gerechter, den Schaden nach dem Werte der beteiligten Sachen zu verteilen? oder gar — im ersteren Falle — ihn ganz auf den Eigentümer der geretteten Sache zu werfen? Warum soll denn die Gefahr des Naturereignisses von dem Beteiligten getragen werden, in dessen Person es nicht eingetreten ist? Und wenn navis piscatorum nicht durch Naturgewalt, sondern durch die Schiffsführung — ohne Verschulden — in die Fischernetze geraten ist, weshalb den ganzen Schaden den Eigentümern der Netze aufbürden? In beiden angegebenen Beziehungen dürfte das Gesetz reformbedürftig sein.[2]) Wohlbemerkt ist unter der Mitverursachung nicht das bloße Setzen einer Bedingung zu verstehen: wird A auf offener Straße vom Hunde des B angefallen, so hat er, wenn nicht besondere Umstände vorliegen (Sichbegeben in die Gefahr, nachdem der bösartige Hund sich von der Kette losgerissen hatte u. s. w.), durch sein bloßes Gehen die Gefahr nicht mitverursacht. Doch ist die Kausalitätsfrage hier nicht weiter zu verfolgen.

Gefahrdrohend ist eine Sache, soweit sie Gefahr droht. Nur in gleichem Umfang fällt an sich Beschädigung oder Zerstörung unter § 228. Soweit aber der gefahrdrohende Teil einer Sache nicht beschädigt u. s. w. werden kann, ohne andere Teile in Mitleidenschaft zu ziehen, ist auch deren Beschädigung nach § 228 zu beurteilen.

Wie aber, wenn die Beschädigung von Teilen der Sache nur erfolgte, um Weiterverbreitung der Gefahr zu verhüten, die beschädigten Teile nicht selbst gefahrdrohend, nur gefahrvermittelnd waren? Brennt das Haus I des A und das anstoßende ebenfalls

[1]) Vgl. auch § 2 daselbst.

[2]) Die internat. Konvent. v. 6. Mai 1882 betr. die poliz. Regelung der Fischerei in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer trifft insofern Vorsorge, als bestimmte Handlungen verboten werden, welche die Gefahr der Kollision ergeben. Vgl. Art. 14, 15, 16, 17 (ferner 19, 20, 21).

Digitized by Google

dem A gehörige Haus II wird niedergerissen, um dem Feuer Einhalt zu thun, so kann die Rechtslage nicht anders sein, als wenn dieses Haus dem B gehört hätte. A ist zu entschädigen nach § 904, weil nicht auf die gefahrdrohende, sondern auf eine andere die Gefahr nur vermittelnde Sache eingewirkt wurde. Steht dies fest, so wird die gleiche Entscheidung auch dann notwendig, wenn beim Brande des Vorderhauses das mit ihm nicht zusammenhängende Hinterhaus, beim Brande einer Scheune eine andere davon getrennte Scheune desselben Gutshofes, beim Brande eines Fabrikgebäudes ein anderes mit ihm nicht konnexes zu derselben Fabrik gehörendes Gebäude niedergerissen wurde. Die Entschädigung kann nicht ausgeschlossen sein durch die Identität des Eigentümers der gefahrdrohenden und gefahrvermittelnden Sache und nicht durch die Thatsache, daß beide Sachen als selbständige Teile zu einer nach der Verkehrsauffassung einheitlichen Gesamtsache gehören. Solche Bestandteile dagegen, die in wesentlichem Zusammenhang mit dem gefahrdrohenden Teil stehen, sind bezüglich des Notrechts und der Entschädigung ebenfalls als gefahrdrohend, nicht nur als gefahrvermittelnd zu betrachten. Dafür spricht die Analogie des § 93 B.G.B.: „Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein“ und weiter die thatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit, den gefahrdrohenden Sachteil scharf abzugrenzen gegenüber dem gefahrvermittelnden. So wird indirekt — dem Rechtseffekt nach — die Zerstörung gefahrvermittelnder Teile zur Zerstörung gefahrdrohender. Eine Unbilligkeit kann freilich in diesem Ergebnis liegen. Aber es ist anderseits ebensowenig billig, daß die Zerstörung der getrennten gefahrvermittelnden *und selbst gefährdeten* Sache nach § 904 nur gegen *volle* Entschädigung gestattet wird. Bei Besprechung dieser Vorschrift wird auf die Frage zurückzukommen sein.

Selbständige gefahrvermittelnde Sachteile dagegen sind keineswegs den gefahrdrohenden gleichzuachten. Für sie gilt § 904, nicht § 228.

9. Die gefahrdrohende Sache begegnet nicht selten in ihrer Richtung auf das bedrohte Gut einer *gefahrwehrenden* Sache. Das Hindernis war entweder schon vor Eintritt der Gefahr vorhanden oder es tritt erst in der Notlage zwischen die existente Gefahr und die bedrohte Sache.

Digitized by Google

a) Das vorhandene Hindernis ergibt den Begriff der Schutzvorrichtung, wenn es dieser Zweckbestimmung sein Dasein dankt. A schützt sein Kartoffelfeld durch eine Umzäunung vor dem Wild des angrenzenden Forstes.

Dient zu gleichem Zweck eine belebte Sache, sichert A seinen Kohlgarten vor Hasen durch Hunde, so ist's nicht üblich, von Schutzvorrichtung zu sprechen; materiell aber ist eine solche vorhanden.

Bietet nach der Situation die Schutzvorrichtung vollgenügende Sicherheit, so ist in Wahrheit das Schutzobjekt nicht gefährdet und eine Beschädigung oder Zerstörung der gefahrdrohenden Sache erübrigt. Es liegt daher in bestimmten Verhältnissen der Gedanke nicht fern, den Gutsträger durch Versagung des Schadensersatzanspruchs im Unterlassungsfalle zur Anbringung ausreichender Schutzvorrichtungen indirekt zu zwingen. Vgl. Art. 71 N. 4 E.G. zu B.G.B.[1]) Besteht, weil die Herstellung von Schutzvorrichtungen unterblieben ist, nach landesgesetzlicher Vorschrift Anspruch auf Ersatz des Wildschadens nicht, so folgt daraus noch nicht, daß nun der Eigentümer auch nicht das Recht habe, durch Tötung des Wildes den Schaden abzuwenden.[2])

[1]) Ein Beispiel dafür ist § 2 des Kurh. Ges. über den Ersatz des Wildschadens v. 26. Januar 1854.

[2]) Die Jagdgesetze treffen öfters Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen der Grundeigentümer das Recht habe, eindringendes Wild zu töten Vgl. z. B. Kurhessisch. Jagdges. v. 7. September 1865 § 25; preuß. Jagdpol. Ges. v. 7. März 1850 §§ 21, 23, 24; preuß. Wildschad. Ges. v. 11. Juli 1891 §§ 13, 14, 16. Der Gebrauch von Schußwaffen wird zuweilen schlechthin verboten. Sind solche Vorschriften, soweit sie eine Beschränkung der Eigentumsnotwehr enthalten (Notwehr zum Schutz von Leib und Leben wird nicht dadurch getroffen), gegenüber dem St.G.B. und dem B.G.B. noch gültig? Wird die erstere Frage verneint, indem die Landesgesetze des § 2 Abs. 2 E.G. zu St.G.B. an die Regelung der Materie Notwehr im St.G.B. gebunden werden, so ist damit ein entsprechender Notwehrakt trotz des landesgesetzlichen Verbots für reichsrechtlich erlaubt erklärt und kann demnach auch nicht Quelle einer Deliktsobligation gemäß §§ 823 f. B.G.B. sein. Die Frage unterliegt daher für beide Rechtsgebiete nur einheitlicher Entscheidung. Es entstände ein absoluter Widerspruch, wenn aus Art. 69 E.G. zu B.G.B. die zivile Wirksamkeit der Notwehrbeschränkung und zugleich aus dem Verhältnis des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht ihre kriminelle Unwirksamkeit, also Notwehrgestattung trotz landesrechtlichen Verbots, gefolgert würde.

In der sehr bemerkenswerten Entscheidung v. 7. Oktober 1901, Jur. Zeit. VII S. 152 (vgl. auch oben S. 261 Anm. 1), hat der 1. Str.S. des R.G. ausgesprochen, daß der Rechtsschutz des § 228 B.G.B. (richtiger wäre § 227 genannt worden) auch gegen jagdbare Tiere ohne Rücksicht auf die Landes-Jagdgesetze begründet sei.

Digitized by Google

Die Schutzvorrichtung kann selbst zur bedrohten Sache werden und dann, Proportionalität vorausgesetzt, durch Beschädigung der gefahrdrohenden Sache geschützt werden. Und besteht die Gefahr, daß die Schutzvorrichtung nicht ausreichen wird, so ist mit ihr das Schutzobjekt gefährdet und bei Bemessung der Proportionalität der Wert beider in Anschlag zu bringen.

Die vorhandene gefahrwehrende Sache kann zur gefahrvermittelnden werden: wenn zu besorgen ist, daß die Gefahr sich ihr mitteilen, durch sie sich fortpflanzen werde. So bietet das Zwischenhaus zunächst eine Wehr gegen den Brand, aber eine Wehr, die sich in das Gegenteil verkehrt, wenn dieses Haus selbst zu brennen beginnt. Das Zwischenhaus ist zugleich ein Beispiel für ein vorhandenes Hindernis, das nicht Schutzvorrichtung ist.

b) Ein erst in der Notlage auftretendes Hindernis fällt unter den Begriff des Verteidigungsmittels, wenn der Träger des bedrohten Gutes oder ein Nothelfer es zwischen die Gefahr und das Gut einschiebt, erscheint als helfende Potenz, wenn es sich selbst einschiebt.

Naheliegendes Beispiel ist der Hund, der dem bedrohten Herrn auf dessen Geheiß oder von selbst zu Hilfe kommt.

Eine gefahrwehrende Sache dieser Art wird vielfach ihrerseits von der Gefahr derart ergriffen, daß sie nun als mitbedroht, vielleicht als allein bedroht erscheint. Die Schußwaffe, die auf den angreifenden Hund gerichtet wird, bleibt gefahrwehrende Sache. Der Hund, der ihm entgegenspringt, lenkt vielleicht die Gefahr ganz auf sich, jedenfalls mit auf sich ab. Von dieser veränderten Situation aus hat die Proportionalität zu prüfen, wer beim Tierangriff Notstand annimmt, während die Notwehrtheorie gar nicht nach Proportionalität fragt, sondern nach wie vor entscheiden läßt, ob Tötung u. s. w. des angreifenden Hundes zur Abwendung von Schaden, sei's für den bedrohten Menschen, sei's für den helfenden Hund, erforderlich ist. Dem helfenden Hund, der einem Dritten gehört, darf der Bedrohte als Nothelfer des Eigentümers zu Hilfe kommen: die Rollen kehren sich um. Der Hund, der rechtswidrigen Angriff vom Bedrohten abzuwenden bestrebt ist, übt zwar nicht ein Recht der Nothilfe, es ist aber seine Aktion nach Analogie des Nothilfeangriffs zu beurteilen, so daß die Haftung des Tierhalters — in den Grenzen des § 53 St.G.B. — entfällt und zu gunsten des Hundes, richtiger des Herrn, Nothilfe geleistet werden kann.

Die Notstandstheorie ist zu folgenden Unterscheidungen genötigt:

Digitized by Google

Ist auf Sieg oder Niederlage des helfenden Hundes zu rechnen? im letzteren Falle besteht die Gefahr auch für den Menschen, die Proportionalität ist also da, es darf auf den angreifenden Hund geschossen u. s. w. werden; im erstern Falle ist, wenn Beschädigungen auch des Siegers zu erwarten sind, weiter die Wertfrage zu stellen, es darf auf den angreifenden Hund nicht geschossen werden, wenn er der wertvollere ist. Die Angemessenheit eines solchen Ergebnisses ist doch stark in Zweifel zu ziehen. Die Notwehrtheorie fragt einfach: ist Schaden für Mensch oder Hund zu besorgen? wenn ja, so darf geschossen werden. Das ist allein praktisch und allein gerecht.

Verteidigungsmittel, die bestimmt sind, gegen eine schon bestehende und fortdauernde Gefahr dauernden Schutz zu gewähren, werden auch „Schutzvorrichtungen" genannt. Es gelingt dem X gegen den drohenden Sturz der fremden Sache A (Baum) auf die eigene Sache B (Gewächshaus) eine Schutzwehr C zu errichten. Die Gegenwärtigkeit der Gefahr ergibt den Unterschied gegenüber den Fällen sub a, in denen die Veranstaltung dienen soll zum Schutz gegen künftige, wahrscheinlich bevorstehende Gefahren. Damit ist zugleich konstatiert, daß eine völlig scharfe Sonderung beider Gruppen unmöglich ist; denn der Übergang von einer Situation, die vermutlich Gefahr erzeugen wird, zur Gefährdung selbst vollzieht sich unmerklich.

Bei Schutzvorrichtungen der einen und anderen Art hängt es von den Umständen, von der Widerstandskraft der Wehr, von der Beschaffenheit, dem Wert ihres Materials, von der Größe der Gefahr, der Art der Einwirkung der gefahrdrohenden Sachen auf die Wehr u. s. w., ab, ob diese als bedroht erscheint, ob mit ihr auch das Schutzobjekt in Gefahr ist. Danach bemißt sich die Frage des Notrechts.

Aber darf nicht X jederzeit die Wehr wieder beseitigen und nun das Notrecht zu gunsten des Schutzobjekts im vollen Umfange üben? Muß er einen Nachteil hinnehmen, den die Beibehaltung der einmal errichteten Wehr ihm bringt? Es könnte ja in seinem Interesse liegen, die schützende Sache anderweit zu verwenden. Gewiß ist X — von besonderer Rechtsvorschrift abgesehen — nicht verpflichtet, eine Schutzwehr zu haben. Wenn aber ein Nachteil, den ihm die Beibehaltung der Wehr bringt, unerheblich ist gegenüber dem Schaden, den er nach Beseitigung der Wehr der gefahrdrohenden Sache zum Schutze der bedrohten beibringen müßte, so verliert er durch Fortnahme der Wehr bei schon existenter Gefahr das Not-

Digitized by Google

recht. Denn einer der Grundgedanken des § 228 ist: man muß geringeren Schaden hinnehmen, wenn zur Abwendung größerer Schaden zuzufügen wäre. Kann also durch geringeren eigenen Nachteil — Beibehaltung der Wehr — die Gefahr abgewendet werden, so fehlt das Notrecht. Anders, wenn die Gefahr noch nicht bestand: dann darf die Schutzwehr wieder beseitigt werden; denn es ist ungewiß, ob Gefahr und Notlage überhaupt eintreten werden. Ein präventives Opfer wird nicht verlangt, nur unter Umständen ein Opfer *in* der Notlage. So lange eine Schutzvorrichtung nur vorsorgliche Bedeutung hat, steht ihrer Wegnahme nichts im Wege. Ist sie aber gegenüber existenter Gefahr in Verteidigungsfunktion getreten, so modifiziert sich die Rechtslage.

10. Von besonderem Interesse ist die wechselseitige Gefährdung zweier Sachen, je der einen durch die andere.

Diese Reciprocität kann in zwei Formen vorkommen, die wesentlich verschiedene Beurteilung erfordern.

a) Wenn zwei Sachen einander Gefahr drohen, ohne daß rechtswidriger Angriff das gefahrerregende Moment ist, so gibt § 228 B.G.B. die Norm der Entscheidung. Es droht z. B. eine Kollision zweier vom Sturm losgerissener Schiffe oder Kähne.

Der Eigentümer der bedrohten Sache A darf unter Voraussetzung der Proportionalität die gefahrdrohende Sache des B beschädigen oder zerstören; wie könnte die Thatsache, daß seine Sache der anderen Gefahr nur droht, einen Hinderungsgrund abgeben?

Der Eigentümer von B darf in Ermangelung der Proportionalität die Sache des A nicht beschädigen oder zerstören; wie könnte die Thatsache, daß seine Sache der anderen Gefahr droht, ihm die Beschädigung gestatten?

Liegt Proportionalität auf beiden Seiten vor, so darf jeder die Sache des anderen zerstören, ohne ersatzpflichtig zu werden, er müßte denn die Gefahr verschuldet haben.

Völlig verschieden ist der Fall der Gefahrgemeinschaft: die Sachen gefährden einander, nicht droht ihnen gemeinsam Gefahr von dritter Seite.

Es entscheidet, wenn nicht etwa die Zerstörungshandlungen zeitlich zusammentreffen, die Prävention. Denn nach Zerstörung der fremden gefahrdrohenden Sache droht dieser durch die eigene Sache Gefahr nicht mehr.

Genügte zur Abwendung der Gefahr für die eigene Sache eine Beschädigung der fremden, so kann nach deren Vornahme die eigene

Digitized by Google

Sache noch gefahrdrohend bleiben: dann hat, Verhältnismäßigkeit vorausgesetzt, der Gegner, um ferneren Schaden von der eigenen Sache abzuwenden, noch das Recht der Beschädigung oder Zerstörung der fremden.

Zerstört ein Teil die eigene Sache, um so die gefährliche Situation zu beenden, so hat er nicht deshalb einen Ersatzanspruch; er nimmt nur dem Gegner das Notrecht und gibt es zugleich seinerseits auf.

Genügte Beschädigung der eigenen Sache, um sie der Gefährlichkeit zu entkleiden, so restiert demnächst unter den Voraussetzungen des § 228 ein Notrecht gegenüber weiterer Gefährdung durch die fremde Sache.

b) Ist die wechselseitige Bedrohung zweier Sachen — Tiere — solche durch rechtswidrigen Angriff, so darf nicht nach § 228 entschieden werden.[1])

Andernfalls müßte das höchst unbillige Ergebnis hingenommen werden, daß der Eigentümer des wertvolleren von zwei sich gegenseitig attackierenden Hunden den minderwertigen fremden frei von Ersatzpflicht beschädigen oder töten dürfte, nicht aber umgekehrt,[2]) obwohl doch auf beiden Seiten rechtswidriger Angriff vorliegt.

Um die Rechtslage zutreffend zu beurteilen, muß vor dem Tierkampf ein Menschenkampf, gegenseitiger rechtswidriger Angriff zweier Personen, erwogen werden.

Greifen zwei Personen einander rechtswidrig an, ist dann jede der anderen gegenüber in Notwehr, so daß ein Dritter die Wahl hätte, zu wessen Gunsten er intervenieren, ob er den einen oder den anderen Kämpfer in Nothilfe töten, verletzen wollte?

Auszuscheiden ist der Fall des Duells, der unter besonderen Grundsätzen steht: sicher hat kein Duellant gegen den anderen Notwehrrecht, auch nicht wenn in Wahrheit nur einer angreift, es müßte denn eine Verletzung der Duellregeln vorliegen.[3])

---

[1]) So Dannenbaum, Notrecht de lege ferenda (Diss. 1901) S. 59.

[2]) Nur die Haftung des Tierhalters könnte von dem Eigentümer des minderwertigen Hundes eventuell geltend gemacht werden, § 833 B.G.B.

[3]) Auch Notstandsverletzung zur Vermeidung regelrechten Angriffs wäre verboten.

Der Erklärungsgrund für diese Beschränkung von Notwehr und Notstand liegt nicht in „Einwilligung des Verletzten", vielmehr in den Ehranschauungen die für die Ausbildung des Duelldelikts maßgebend geworden sind.

Unrichtig Müller, Recht der Notwehr (Diss. 1900) S. 14; v. Alberti, Notwehrrecht S. 38, 39.

Digitized by Google

Bei gegenseitigem Angriff will jeder Kämpfer zugleich verletzen und Verletzung von sich abwenden. Das ist auch dann wahr, wenn sie in blinder Wut darauf los stechen, schlagen, ohne an das Parieren zu denken. Denn jeder Stich u. s. w. ist bestimmt, nicht nur zu verletzen, sondern zugleich den Gegner am Stechen, am weiteren Stechen zu hindern. So liegt auf keiner Seite reiner Angriff, reine Verteidigung vor. Jede Kampfhandlung ist gleichmäßig durch Angriffs- und Verteidigungswillen bestimmt. In jeder Verteidigungshandlung droht bereits der fernere Angriff, während die Offensive zugleich ist Defensive gegen weiteren Angriff des anderen.

Keiner der Kämpfer ist in Notwehr, beide sind rechtswidrigen Angriffs schuldig.[1]) Jeder ist als Angreifer strafbar wegen Körperverletzung, Tötung, und jeder haftet für den angerichteten Schaden aus § 823. Ein Dritter, der diesen Charakter des Kampfes erkannt hat und auf der einen Seite Partei nimmt, ist weder durch wirkliche, noch durch putative Nothilfe entschuldigt. Er hilft nicht einem Angegriffenen, sondern einem angegriffenen Angreifer oder was dasselbe sagt, einem angreifenden Angegriffenen. Es trifft ihn bei Verletzung des Gegners ebenso Strafe, wie unter gleicher Voraussetzung die von ihm unterstützte Partei.

Denkbar ist, daß im Verlaufe des Kampfes auf einer Seite ein Stadium reiner Verteidigung eintritt, indem ein Teil den Angriffswillen aufgibt.

Solange dies nicht der Fall ist, solange Angriff gegen Angriff steht, kann von Notwehr nicht die Rede sein; für den Notwehrakt genügt nicht, daß er Verteidigungsfunktion erfüllt, was beim Angriff gegen Angriff zutrifft, sondern es muß die Handlung auch subjektiv als Verteidigung und nur als solche gemeint sein.[2])

Die Rechtslage verschiebt sich, wenn einer der Kämpfer weitergehenden Vorsatz hat als der andere, nicht nur wie dieser körperlich verletzen, sondern töten will und der Gegner dessen inne wird. A vermeint mit dem B nur zu raufen, dieser hat's auf seinen Tod

[1]) In dem Falle R.G. Str.Sach. Bd. 16 S. 69 f. hatte die Strafkammer gegenseitigen rechtswidrigen Angriff angenommen und daher Notwehr verneint. Das R.G. 2. Str.S. hob das Urteil auf, weil nicht geprüft worden sei, ob der Gegenangriff selbständige Bedeutung gehabt habe oder nur zur Abwehr geschehen sei. Im letzteren Falle wäre allerdings das Strafkammerurteil unrichtig gewesen.

[2]) Vgl. Binding, Handbuch I S. 750. Anders Titze, Notstandsrechte S. 87. Das Unrichtige dieser Anschauung ergibt sich klar im Falle des Textes. Von der Verteidigung im Sinne des § 53 ist Verteidigungswille (den sehr wohl auch ein Unzurechnungsfähiger haben kann) untrennbar.

Digitized by Google

abgesehen. Es steht dann ähnlich wie beim Exzeß der Notwehr, der Angreifer mit geringerem Vorsatz erhält Notwehrrecht. Seine Kampfhandlungen sind fortan berechtigte Verteidigung gegen den weitergehenden Angriff. Körperverletzungen, die er dem Gegner beibringt, bezwecken zugleich das eigene Leben zu schützen und sind dadurch legitimiert. A hätte, wenn erforderlich, verteidigungsweise den B töten dürfen, er kann nicht um deswillen strafbar sein, weil er ihn defensiv-offensiv körperlich verletzt hat. Vorausgesetzt natürlich, daß nicht auf seiten des A ein Exzeß der Notwehr vorliegt. Exzessiv aber wäre jede Verletzung, die nicht durch den Verteidigungszweck, sondern nur durch den eigenen Angriffswillen bedingt erschiene, also jede Verletzung, die dem kampfunfähig gewordenen, zum Töten außer stand gesetzten Gegner noch beigebracht wurde. Und sollte im Verlaufe des Kampfes A auch seinerseits Tötungsvorsatz fassen — wohl zu unterscheiden von verteidigungsweise gewollter Tötung —, so wäre fortan sein Thun in gleichem Maß rechtswidrig und strafbar als das des Gegners.

Werden nun an Stelle der kämpfenden Menschen kämpfende Tiere verschiedener Eigentümer gesetzt, so entsteht nicht eine Notstandssituation, sondern es bleibt bei reciprokem rechtswidrigen Angriff. An Notwehr darf hier schon deshalb nicht gedacht werden, weil ein Tier der Rechtsausübung nicht fähig ist.[1]) Es kann zwar einen rechtswidrigen Angriff, d. h. einen Angriff ohne subjektives Recht unternehmen, aber sich nicht kraft subjektiven Rechtes verteidigen.

Im Sinne der Notwehrannahme ist vielfach verstanden worden die bekannte l. 1 § 11 D. si quadrup. 9, 1, wo Ulpian sagt: Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut siquidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio, si is qui non provocerat, competeret actio. Die actio werde versagt, weil dem angefallenen Tiere das Notwehrrecht zugestanden habe.[2]) Allein die Stelle zwingt durchaus nicht dazu, eine so naive Auffassung bei den römischen Juristen vor-

[1]) Vgl. Binding, Handbuch I S. 733.

[2]) So Levita, Notwehr S. 35 Anm. 3; v. Tuhr, Notstand im Zivilrecht S. 53; Titze, Notstandsrechte S. 17 Anm. 53; Vigelius, Notwehr gegen Tiere S. 4; Isay, Verantwortlichk. des Eigentümers f. seine Tiere, Dogm. Jahrb. Bd. 39 S. 224, 283. Dagegen Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 247.

Schon l. 1 § 3 h. t. (Ulpian): nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret dürfte widerlegen, daß Ulpian an Notwehr, an Rechtsausübung seitens des angegriffenen Tieres gedacht habe.

Der Fall des § 11 ist im Grunde nur eine spezielle Anwendung des in

Digitized by Google

auszusetzen. Die Erklärung ist einfach die, daß ein angegriffenes sich wehrendes Tier nicht gegen die Natur seiner Gattung Schaden stiftet, so daß die actio de pauperie entfällt, während es anderseits, eben weil es sich nur gewehrt hat, auch nicht als ein gefährliches Tier erscheint, dessen Nichtbewachung dem Eigentümer die actio legis Aquiliae zuziehen könnte.

In Anwendung des B.G.B. ist der Angriff eines Tieres auf ein anderes bei Verschiedenheit der Eigentümer nach folgenden Regeln zu beurteilen.

α) Der Stier (Hund u. s. w.) des A greift den des B an.

B kann den angreifenden Stier in Eigentumsnotwehr töten, frei von Ersatzpflicht, er hätte denn die Gefahr verschuldet, die Begegnung der Stiere veranlaßt oder ermöglicht u. s. w. Das folgt aus § 228.

β) Der Stier des A greift den des B an und wird von dem angegriffenen Stier getötet.

Von einer rechtmäßigen Handlung des angegriffenen Tieres kann nicht die Rede sein. Der Fall liegt juristisch ganz ebenso, als hätte der angreifende Stier durch eine andere von ihm angegriffene Sache, z. B. eine Lokomotive, den Tod gefunden. Der rechtswidrige Angriff hat ohne Verteidigungshandlung mit dem Tode des Angreifers geendet.

B hätte selbst den angreifenden Stier töten dürfen in Eigentumsnotwehr und wäre ersatzpflichtig gewesen nur bei Verschulden; er kann nicht in höherem Maße haftbar sein als Tierhalter aus § 833, weil es durch seinen Stier geschehen ist. § 833 bedarf der einschränkenden Auslegung: eine Handlung, die den Tierhalter selbst wegen unverschuldeter Notlage nicht haftbar gemacht hätte, ergibt auch nicht Haftung, wenn sein Tier sie begangen hat.[1]) Oder soll X als Tierhalter haftbar sein, wenn sein treuer Hund ihn vor räuberischem Angriff erfolgreich geschützt hat? Die Haftung des Tierhalters setzt zwar nicht Schuld positiv voraus, wird aber ausgeschlossen, soweit der Tierhalter selbst bei eigener Schadensstiftung rechtmäßig und frei von Ersatzpflicht gehandelt hätte. Die Annahme des Gegenteils wäre an Unsinn grenzende Ungerechtigkeit.

γ) Der angreifende Stier des A tötet den angegriffenen Stier des B.

---

§ 8 ausgesprochenen Prinzips: Si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret, ejus quae concitavit, nomine agendum erit.

[1]) Vgl. auch Isay, Dogm. Jahrb. Bd. 39 S. 314.

Digitized by Google

A haftet als Tierhalter gemäß § 833.

δ) Die Stiere des A und des B greifen einander an.

Hier ist auf beiden Seiten rechtswidriger Angriff, auf keiner Seite bloße Verteidigung, geschweige denn berechtigte Verteidigung gegeben. Jede Kampfhandlung ist wie beim Menschenkampfe offensiv-defensiv. Keiner der Stiere würde in Notwehr sein, auch wenn es möglich wäre, diesen Maßstab überhaupt anzulegen.

Aber es kann — auch insofern besteht die Analogie des Menschenkampfes — im weitern Verlauf einer der Stiere der alleinige Angreifer werden, der andere sich auf Verteidigung beschränken. Die thatsächliche Voraussetzung wird nicht leicht nachweisbar sein; sollte es aber zutreffen, so müßten von da ab auf den Kampf die Grundsätze α bis γ angewendet werden.

Undenkbar ist auch nicht, daß eines der kämpfenden Tiere weitergehenden Verletzungswillen oder wenn man lieber will Verletzungstrieb hat als das andere. Bei einem Hundekampf z. B. mag das gelegentlich vorkommen; beim Stierkampfe wohl nie. Theoretisch richtig wäre dann nach Analogie des Menschenkampfes unter entsprechender Anwendung der Sätze α bis γ zu entscheiden. Indessen mag die Eventualität als thatsächlich unpraktisch, weil wohl nie beweisbar, beiseite bleiben.

Bei reciprokem Angriff haften einander die Eigentümer — daß sie zugleich Tierhalter seien, wird unterstellt — aus § 833. Jeder hat gegen den anderen, falls der eigene Stier beschädigt oder getötet wurde, Anspruch auf Schadensersatz. Die zivile Haftung ist — abgesehen von der Sondervorschrift des § 833 — beiderseits die gleiche wie beim Menschenkampfe (den Fall des Duells ausgenommen).

Die wechselseitige Verletzung der Stiere führt zu dem gleichen Ergebnis, wie wenn gleichzeitig der Stier C des A den Stier D des B und der Stier E des B den Stier F des A angegriffen hätte und jedesmal der angegriffene Stier beschädigt worden wäre.

War der reciproke Angriff von dem einen Eigentümer verschuldet, so ändert sich die Beurteilung. Der Tierhalter kann nicht haften für eine Verletzung, die nur von der anderen Seite verschuldet war, an der er selbst ohne jede Schuld ist.[1]) Quod quis

[1]) Anders, wenn das Verschulden des Mitbeteiligten nur darin bestand, daß er es unterließ, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Dann entscheidet § 254 Abs. 2 B.G.B.

Dagegen kann auf den Fall des Textes Abs. 1 des § 254 nicht angewendet werden. Bei einer solchen Sachlage den Tierhalter auch nur mit einem Teil des Schadens zu belasten, wäre handgreiflicher Verstoß gegen Recht und Billigkeit.

Digitized by Google

ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire, l. 203 D. de R. J. Der schuldige Eigentümer ist ersatzpflichtig für den von seinem Tier angerichteten Schaden, muß aber den Schaden, den dieses erleidet, selbst tragen.

Die Anwendung des § 228 ist ausgeschlossen, da auf jeder Seite rechtswidriger Angriff und somit auf keiner Seite ein Notrecht vorliegt und würde auch zu sehr unangemessenen Resultaten führen.

Ein Versuch des einen oder anderen Eigentümers, die kämpfenden Tiere zu trennen, ist Versuch, den Schaden des anderen zu mindern und zugleich den eigenen Schaden, der freilich vom anderen Teil ersetzt werden müßte.

Tötet A das fremde Tier, so ist er dafür zweifellos aus § 823 ersatzpflichtig, denn die Tötung ist ihm nicht unverboten, weil § 228 nicht zutrifft.

Wie aber, wenn A in Ermangelung anderer Mittel den Kampf zu beenden, das eigene Tier getötet hat? An sich ist die Wirkung nur Minderung oder Ausschließung von A zu ersetzenden Schadens durch ein Opfer, das ihm nicht ersetzt zu werden braucht. Wenn jedoch feststeht, daß andernfalls beide Tiere zu Grunde gegangen wären, und wenn zugleich A ohne Schuld am Tierkampfe ist, so

Das gesetzliche Prinzip der Haftung ohne Schuld wird nicht verletzt, wenn im Verschulden des Beschädigten ohne jedes konkurrierende Verschulden des Tierhalters ein Haftausschließungsgrund gefunden wird. Von dem gesunden Sinn der deutschen Praxis ist zu hoffen, daß sie das Gesetz entsprechend handhaben wird. Trägt ein Dritter die Schuld an der Beschädigung, so haftet nach § 840 Abs. 3 der Tierhalter nur salvo regressu an den Dritten (als Garant für fremde Schuld unter solidarischer Mithaftung des Thäters und mit Regreßrecht, Oetker, Haftung Dritter in Rostocker Festgaben für Ihering S. 125), während ihn der Schaden definitiv träfe, wenn er für das Verschulden des Beschädigten selbst aufzukommen hätte.

Die abweichende Meinung der Zivilisten (Linkelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 58 f., 88; Isay a. a. O. S. 313 u. f. w.) bringt hoffentlich nicht durch; eine Haftbarmachung der Tierhalter in solchem Umfange würde unserem Recht nicht zur Ehre gereichen und gewiß nicht von Bestand sein.

Zudem ist diese Ansicht dogmatisch unhaltbar. Beschränkte sich die Beteiligung des Tierhalters auf das bloße Halten des Tieres, so ist damit nur die gesetzliche Voraussetzung erfüllt, unter der die Haftungsfrage überhaupt entsteht. Die Annahme, ein Tierschaden sei z. T. durch das bloße Halten des Tieres, z. T. durch schuldhafte Handlung des Beschädigten verursacht worden, würde den Ursachbegriff verkennen. Hat in Ermangelung irgendwelchen Verschuldens des Tierhalters der Verletzte durch sein schuldhaftes Thun die Aktion des Tieres angeregt, so ist das nach zutreffender Kausalitätsauffassung nicht „mit"-wirkendes Verschulden neben einem Thun des Tierhalters oder des Tieres, sondern die alleinige Schadensursache. A. A. R.G. 6. C.S., Entsch. Bd. 51 S. 275 f.

Digitized by Google

muß ein Ersatzanspruch A's insoweit anerkannt werden, als der Wert des eigenen von ihm getöteten Tieres den Wert des anderen übersteigt. Der Gegner hat sein Tier behalten, statt es mit Anspruch auf Ersatz (vom Fall des Verschuldens abgesehen) zu verlieren. A hätte ohne die Tötung entweder sein Tier behalten oder den Ersatzanspruch gehabt. Er hat also im Interesse des B ein Opfer gebracht, das dem Mehrwert des eigenen Tieres über das fremde gleichkommt. In diesem Betrage ist ihm aus negotiorum gestio Ersatzanspruch zuzubilligen. Trägt B die Schuld am Tierkampf, so ist er unter sonst gleichen Umständen dem A bis zum vollen Werte, den dessen Tier hatte, ersatzpflichtig.

11. Hatte der Handelnde die Gefahr verschuldet, so trifft ihn nach dem Schlußsatze des § 228 die Ersatzpflicht. An eine Deliktsfolge darf dabei nicht gedacht werden, denn die Handlung ist trotz der Verschuldung im Gesetze als rechtmäßig anerkannt.[1]) Vielmehr war maßgebend das Prinzip: es trägt billig den Schaden nicht derjenige, dem er zugefügt worden ist, sondern der Schadensstifter, der selbstverschuldete Gefahr durch die Schädigung des anderen von sich abgewendet hat.

Ein Schaden, der entstanden ist durch berechtigte Zwangshandlungen des Notleidenden gegenüber unberechtigtem aktiven oder passiven Widerstande des Duldungspflichtigen fällt außerhalb der Ersatzpflicht. Denn das Notrecht besteht trotz Verschuldens und die Rechtswidrigkeit des anderen Teils kann nicht den Notleidenden belasten.

Ein Unzurechnungsfähiger, ein Kind haftet nach Analogie des § 829 B.G.B. auf Ersatz, wenn unter Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit Schuld anzunehmen wäre.[2])

a) Für Notwehrfälle bedeutet die Ersatzpflicht ein Novum. Aus § 823 B.G.B. wäre sie nicht abzuleiten, da die Verteidigung auch gegen den verschuldeten rechtswidrigen Angriff nach § 53 St.G.B. rechtmäßig ist. Nur in dem besonderen Falle vorsätzlicher Herbeiführung des Angriffs zum Zwecke der Verletzung stände es anders[3]) (Anwendbarkeit des § 254 B.G.B.?).

[1]) Vgl. auch Hellmann, Vorträge über das B.G.B. S. 186; Auer, Strafrechtl. Notstand (1903) S. 30.

Löffler, Zeitschr. f. Strafrechtswissensch. Bd. 21 S. 574 findet in der Ersatzleistung nur eine Konsequenz aus § 823. Das ist aber gerade nicht der Fall und der Ersatzanspruch nicht nach den Regeln der Deliktsobligationen zu beurteilen.

[2]) Abweichend v. Liszt, Deliktsobligationen S 93; Münz, Notwehr, Notstand und Nothilfe in B.G.B. (1903) S. 46.

[3]) Vgl. auch Schollmeyer, Notwehr nach B.G.B. S. 23.

Digitized by Google

Indem die Abwehr gegen den verschuldeten Angriff eines fremden Tieres nach § 228 ersatzpflichtig macht, die Verteidigung gegen verschuldeten Menschenangriff nicht, scheint sich ein Widerspruch zu ergeben. Allein der verschuldete Angriff des Zurechnungsfähigen gereicht doch — trotz aller Reizung — auch ihm selber zur Schuld.[1]) Bei verschuldetem Angriff des Unzurechnungsfähigen wäre de lege ferenda Ersatzpflicht zu erwägen. Analoge Anwendung des § 228 auf diesen Fall ist ausgeschlossen.

Ist der Tiereigentümer selbst Angreifer durch das Medium des Tieres, des gehetzten Hundes u. s. w., so kommt § 227 B.G.B., nicht § 228 in Anwendung. Der gehetzte Hund ist instrumentum sceleris, wie die Pistole, der Stock; es wird mit ihm angegriffen, nicht ist er selbst der rechtswidrig Angreifende. Die Gefahr droht hier von der Sache nur als Angriffsmittel oder was dasselbe sagt, sie droht vom Angreifer. Wer den gehetzten Hund tötet, wird, auch wenn er durch Reizung des Eigentümers das Hetzen veranlaßt hatte, so wenig ersatzpflichtig als durch Zerbrechen des gegen ihn gezückten Degens. Die That ist Notwehrakt gegen den Eigentümer,[2]) der Thäter frei von Ersatzpflicht, gemäß den §§ 53 St.G.B., 227 B.G.B.; nicht ist sie Notwehrakt gegen den Hund mit der Folge der Ersatzpflicht gegenüber dem Eigentümer gemäß § 228 B.G.B. Gleiches gilt, wenn der gehetzte Hund einem Dritten gehörte. Dieser hat einen Ersatzanspruch wegen Tötung seines Hundes aus § 823 gegen den Hetzenden, nicht aus § 228 gegen den Angegriffenen, der in Notwehr getötet hat.[3])

Entsprechend haftet für den vom gehetzten Hunde u. s. w. angerichteten Schaden nicht der Tierhalter nach § 833, sondern der Hetzende nach § 823 B.G.B.[4])

Sehr interessant ist die Frage, inwieweit der Eigentümer, der Hüter des gefahrdrohenden Tieres, ein anwesender Schutzmann u. s. w.,

---

[1]) Vgl. auch v. Tuhr, Notstand im Zivilrecht S. 55 Anm. 1; Schollmeyer, Notwehr nach B.G.B. S. 21.

[2]) A. A. v. Liszt, Del.-Obl. S. 87. Aber das Beispiel: „Wenn auf der Straße der glückliche Eigentümer des Rassehundes diesen auf meinen bescheidenen Lieblingsköter hetzt, so darf ich straflos den Herrn, aber beileibe nicht das Tier niederschießen" spricht doch nicht für seine Ansicht.

Gegen v. Liszt auch Schollmeyer, Notwehr nach B.G.B. S. 19 Anm. 2.

[3]) Hölder, Kommentar zu § 227 Bem. 2 schließt den Ersatzanspruch gegen den Angegriffenen in Anwendung des § 228 aus. Allein die Gefahr droht nicht von der fremden Sache, sondern von dem Angreifer, der sich ihrer als Mittel bedient.

[4]) Vgl. auch R.G. 6. C.S. E. Bd. 50 S. 181.

Digitized by Google

die es am Angriffe noch hindern könnten, dazu verpflichtet sind, besonders wenn eine Reizung des Tieres erfolgt war. Wird der Eigentümer u. s. w., der mögliche Hinderung unterläßt, dadurch zum Angreifer, so daß nun die Tötung des Tieres in Notwehr ihm gegenüber erfolgen kann? Die strafrechtliche Beurteilung ist hier der zivilrechtlichen direkt präjudiziell. Erst wenn feststeht, ob die Nichthinderung „rechtswidriger Angriff" im Sinne der Notwehrlehre war (in Form der Begehung durch Unterlassung) oder nicht, kann über die Frage der Ersatzpflicht entschieden werden. Eingehende Untersuchung dieser Rechtslagen wäre wünschenswert.

Wurde das angreifende fremde Tier in Nothilfe getötet, so ist nach dem Wortlaute des Gesetzes die Ersatzpflicht des Helfers nur begründet, wenn er, nicht wenn der Bedrohte die Gefahr verschuldet hatte. Eine andere Entscheidung könnte bei Unkenntnis des Helfers vom fremden Verschulden auch sicher nicht getroffen werden. Wie aber im gegenteiligen Falle? Ist nicht die Kenntnis des fremden Verschuldens dem eigenen in der Wirkung gleichzustellen? Allein die Beistandleistung ist trotz Kenntnis des Verschuldens vielfach Menschenpflicht und kann unter bestimmten, hier nicht zu prüfenden Voraussetzungen sogar Rechtspflicht sein. Die Ersatzpflicht findet in einem Verschulden, nicht in bloßer Kenntnis von solchem ihren Rechtfertigungsgrund.[1])

Aber die Lage des Eigentümers kann nicht dadurch verschlechtert werden, daß der Bedrohte, nicht der Handelnde die Gefahr verschuldet hatte. Einen Ersatzanspruch muß er auch in diesem Falle haben. Und zwar haftet ihm, so ist in erweiternder Auslegung des § 228 anzunehmen, der Bedrohte. Diese Entscheidung ist gerecht. Der Bedrohte hat durch sein Verschulden eine Situation geschaffen, in der es einem Dritten erlaubt war, die fremde Sache frei von Ersatzpflicht zu zerstören.[2])

Hat der Eigentümer selbst seine Sache zerstört, um die Gefahr von dem Bedrohten abzuwenden, so ist dieser aus neg. gestio regreßpflichtig, wenn er die Gefahr verschuldet hatte. Vgl. das

[1]) Übereinstimmend v. Liszt, Del.-Obl. S. 92; Gareis zu § 228 Bem. 4; Planck zu § 228 Bem. 4.

[2]) Aus § 823 ist die Haftung des Bedrohten nicht zu gewinnen, so fälschlich Fischer-Henle zu § 228 Bem. 11; Gentsch, Selbstverteidigung gegen fremde Sachen (Diss. 1899) S. 63. Da Zerstörung der Sache durch ihn selbst nicht unerlaubte Handlung gewesen wäre, so kann auch aus der Zerstörung seitens des Dritten für ihn nicht ein Delikt abgeleitet werden.

Digitized by Google

Beispiel Merkels, Kollision rechtmäßiger Interessen S. 233: Ein Menageriebesitzer erschießt sein eigenes Tier, um einen Besucher, der es gereizt hat, zu erretten.[1])

Haben beide, der Bedrohte und der Helfer die Gefahr verschuldet, so haften sie als Gesamtschuldner. Ein Delikt fällt ihnen freilich nicht zur Last, aber es ist doch ihre Haftung durch Schuld vermittelt und daher § 830 B.G.B. analog anwendbar.

Ein Dritter, der die Gefahr verschuldet, während der Bedrohte selbst sie abgewendet hat, ist aus § 823 Abs. 1, nicht nach Analogie des § 228 ersatzpflichtig.[2]) Es hat z. B. A fahrlässigerweise den bissigen Hund des B von der Kette gelöst, der nun auf den C eingesprungen ist. Wenn das Verschulden des Bedrohten für diesen die Rechtmäßigkeit der Beschädigung nicht aufhebt, so gilt das nicht auch für den schuldigen Dritten.

b) Die Notstandssituationen des § 228 sind teils solche, in denen schon nach bisherigem Recht — wegen unverschuldeter Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen, § 54 St.G.B. — die Verletzung unverboten war, teils solche, die erst durch § 228 unter die Ausnahmen vom Sachbeschädigungsverbote gezogen worden sind.

Die letztere Gruppe setzt sich zusammen aus Fällen verschuldeten und unverschuldeten Notstands. Das Notrecht und die Ausnahme vom Verbote in § 228 fragen nicht nach einem Verschulden des Thäters.

In Anwendung des früheren Rechts würde sich bei kriminell unerheblichem[3]) und bei verschuldetem Notstand die Ersatzpflicht als Deliktsfolge ergeben haben. Die Verletzung der gefahrdrohenden Sache hätte insoweit den Charakter vorsätzlich widerrechtlicher Sach-

[1]) An diesem Falle zeigt sich klar, wie verkehrt es ist, den Tierhalter haften zu lassen bei Schuld lediglich des Beschädigten. Tötet dieser das ihm gefahrdrohende Tier, so haftet er aus § 228. Und wenn unter ganz denselben Umständen der Tierhalter das Tier tötet an Stelle des Bedrohten und zu dessen Errettung, sollte dann seinem Ersatzanspruch der Einwand entgegenstehen, er habe auf diesem Wege nur seine eigene Haftung beseitigt? Jeder Dritte würde — als Nothelfer — töten auf Rechnung des Bedrohten, der Tierhalter auf eigene Rechnung! Eine eigenartige Aufforderung zur Nothilfe, zu der doch vielfach der Tierhalter am besten, wenn nicht allein, in der Lage ist! Das Ungerechte kann nicht anders als unzweckmäßig sein. Vgl. oben S. 276 Anm. 1.

[2]) Vgl. hier Endemann, Bürg. Recht I S. 443.

[3]) Die Frage der analogen Anwendung des § 54 St.G.B. bleibt billig beiseite.

Digitized by Google

beschädigung gehabt und gemeinrechtlich die actio legis Aquiliae nach sich gezogen.

Nach § 228 Satz 2 knüpft die Ersatzpflicht, obwohl sie ein Verschulden voraussetzt, an rechtmäßiges, unverbotenes Thun, an den Gebrauch eines Notrechts an.

Ist jedoch die Situation in der Absicht herbeigeführt worden, unter dem Scheine eines Notrechts eine fremde Sache zu beschädigen, so trifft den Thäter strafrechtliche und zivilrechtliche Deliktshaftung.

c) Es versteht sich aber, daß Ersatzpflicht nicht nur bestehen kann bei rechtmäßigem Handeln. Beschädigung einer gefahrdrohenden Sache ohne die Notrechtsvoraussetzungen des § 228 ist gewiß auch geeignet, Ersatzpflicht zu begründen. Dabei sind jedoch Unterscheidungen notwendig.

α) Die Handlung ist wegen des fehlenden Notrechts zugleich verboten. Dann ergibt sich die Ersatzpflicht aus § 823 als Deliktsfolge, mag der Thäter die Gefahr verschuldet haben oder nicht.

β) Die Handlung ist trotz des fehlenden Notrechts unverboten. Dann fehlt's an einer Ersatzpflicht ex delicto, eine solche folgt analog aus § 228, durch argumentum e simili, und ist daher nur bei verschuldeter Gefahr vorhanden.

Unter α können Notstandsfälle, d. h. Fälle nicht wirksamen Notstands, nicht Notwehrfälle enthalten sein. Denn die Notwehrverletzung ist immer unverboten, ja rechtmäßig. (Fehlt's an den Notwehrvoraussetzungen, so fehlt's an Notwehr.) Wirkungsloser Notstand hebt das Verbot nicht auf. Zerstört A im Eigentumsnotstande eine fremde gefahrdrohende Sache, während der Schaden außer Verhältnis zu der Gefahr steht, so ist er ex delicto ersatzpflichtig. Der Notstand war weder nach § 228, noch nach § 54 St.G.B. wirksam.

Unter β können umgekehrt niemals Notstandsfälle, wohl aber Notwehrfälle enthalten sein. Denn in Ermangelung der Voraussetzungen des § 228 kann, wie der Vergleich mit § 54 St.G.B. zeigt, eine wirksame Notstandslage nicht restieren; vgl. oben S. 258 sub γ. Wohl eine Notwehrlage, falls nur die Proportionalität von Schaden und Gefahr gefehlt hat. A handelt nicht nur unverboten, sondern rechtmäßig, wenn er zum Schutze seines Eigentums ein fremdes angreifendes Tier getötet hat, obwohl es weit wertvoller war, als die bedrohte Sache. Aber es ist billig, daß ihn bei verschuldeter Gefahr die Ersatzpflicht trifft.

12. Das Notwehrrecht hat im § 53 St.G.B. vollgenügende

Digitized by Google

Anerkennung gefunden, eine Erweiterung gegenüber gefahrdrohenden fremden Sachen (Tieren) konnte nicht in Frage kommen. Ebensowenig aber eine Beschränkung. Eine solche liegt nicht in Aufnahme der Proportionalitätsvoraussetzung im § 228, denn diese bedingt nur das spezifische Notrecht, während daneben das allgemeine Notwehrrecht unberührt von diesem Erfordernis auf Grund der §§ 53 St.G.B., 227 B.G.B. fortbesteht. Auch die Auferlegung der Ersatzpflicht bei verschuldeter Gefahr ist nicht Schranke des Verteidigungsrechtes, sie läßt intakt den Bestand sowohl des spezifischen Notrechtes als des allgemeinen Notwehrrechtes.

Der Kreis der unverbotenen Notstandsverletzungen ist im § 228 durch Aufstellung eines umfassenden Notrechts erweitert worden. Wird dieses Verletzungsrecht verglichen mit der Ausnahme von den Verletzungsverboten im § 54 St.G.B. so ergeben sich folgende Differenzen:

a) Das Notrecht setzt eine gefahrdrohende fremde Sache voraus; für die Ausnahme ist die Art des gefahrerregenden Moments unerheblich.

b) Das Notrecht scheidet nicht nach Art des bedrohten Rechtsguts, umfaßt namentlich den Eigentumsnotstand; die Ausnahme verlangt Gefahr für Leib oder Leben.

c) Das Notrecht gestattet die Nothilfe generell, zu gunsten jedes Dritten; die Ausnahme läßt Beistand nur für Angehörige zu.

Der Nothelfer hat wegen der Kosten der Nothilfe einen Ersatzanspruch gegen den Unterstützten aus Geschäftsführung.

d) Das Notrecht gestattet die Beschädigung nur bei Proportionalität von Schaden und Gefahr; die Ausnahme macht diese Voraussetzung nicht.[1])

e) Das Notrecht ist auch bei verschuldeter Gefahr begründet, die Ausnahme nicht.

Die Erweiterungen der wirksamen Notstandssituationen nach b, c und e gelten nur gegenüber gefahrdrohenden fremden Sachen (a) und eben deshalb, weil solche, nicht Personen verletzt werden, und sie gelten nur mit der Schranke der Verhältnismäßigkeit (d). In diesem Umfange sind die Notstandsverletzungen gemäß § 228, weil durch Notrechte gedeckt, unverboten, straflos, rechtmäßig.

---

[1]) Nicht ausdrücklich. Ob implicite, bleibe dahingestellt.

Digitized by Google

§ 4. Das Notrecht des § 904 B.G.B.

I. Eingriffe in fremdes Eigentum zur Errettung aus einer Notlage sind gemäß § 228 B.G.B. unverboten und rechtmäßig, wenn der Eingriff in Beschädigung oder Zerstörung der gefahrdrohenden Sache sich äußert. Nicht selten aber besteht das Bedürfnis, zu gleichem Zwecke auch auf andere die Gefahr nicht erzeugende fremde Sachen einzuwirken. Solche Eingriffe würden an sich nur in den Grenzen der Notstandsvoraussetzungen unverboten sein. Denn mag die Gefahr aus einer Notwehr- oder Notstandslage entspringen, dem unbeteiligten Dritten gegenüber, in dessen Eigentum eingegriffen wird, befindet sich der Handelnde im Notstande. Ist jemand rechtswidrig angegriffen und bedarf er zu seiner Verteidigung der Einwirkung auf eine fremde Sache, des Gebrauchs einer fremden Waffe z. B., so konkurrieren für ihn Notwehr und Notstand.

Doch sind für den Fall der Notwehr noch einige nähere Bestimmungen hinzuzufügen. Unverkennbar werden durch die Gestattung der Notwehr gewisse Einwirkungen auf fremde Sachen derart sanktioniert, daß sie ihre juristische Selbständigkeit verlieren, als Notstandsverletzungen nicht zu betrachten sind.[1])

---

[1]) Die beiden entgegenstehenden Auffassungen, Verletzung eines Dritten sei nie Notwehrakt (so Hälschner, v. Liszt, Finger und viele andere), sie sei unter den allgemeinen Voraussetzungen der Notwehr stets durch diese legitimiert (so Puchelt und v. Schwarze zu § 53), sind abzulehnen.

Die erstere übersieht, daß die Abwehr rechtswidrigen Angriffs gestattet ist und gestattet sein muß ohne Rücksicht darauf, ob die vom Angreifer benutzten Angriffsmittel, die von ihm getragenen Kleider u. s. w. ihm selbst oder einem Dritten gehören. Das ist besonders klar bei solchen Gesetzgebungen, die — wie Preußen 1851 — einen Notstandsbegriff nicht aufstellen. Die Verteidigung gegen den Angriff, wie sie durch die Notwehr bedingt wird, ist eben Verteidigung gegen diese Angriffsmittel und diesen Angreifer.

Dagegen legt die andere Ansicht fälschlich dem Verteidigungsrechte einen absoluten Charakter bei, statt es auf den Angreifer zu beschränken. Die dem Notwehrrecht entsprechende Verteidigung ist Verteidigung gegen diesen Angreifer mit den Mitteln, über die der Angegriffene zu verfügen berechtigt ist. Für die Verletzung fremder Güter gelten, soweit diese nicht juristisch als Verletzung des Angreifers zu erachten ist, die Regeln nicht der Notwehr, sondern des Notstandes.

Zu weit geht auch v. Calkers (Zeitschr. f. Strafrechtswissensch. Bd. 12 S. 471), von Frank gebilligte Fassung: die Verletzung eines Dritten sei ein Fall der Notwehr, wenn die Handlung, durch welche sie herbeigeführt wurde, sich

Digitized by Google

1. Wenn eine fremde Sache, ein fremdes Tier, rechtswidrig angreift, so ist die Verteidigung gegen sie Notwehrakt, nicht Konkurrenzfall von Notwehr- und Notstandsverletzung oder nur letztere. Allerdings liegt ja hier Verletzung der gefahrdrohenden Sache vor, aber es ist für die juristische Würdigung von Einwirkungen auf anderweite fremde Sachen fördernd, an diesen Fall anzuknüpfen, ihn ausdrücklich aus dem Gebiete des Notstandes auszuschließen.

Daß der Eigentümer der gefahrdrohenden, angreifenden Sache ihre Verletzung dulden muß, versteht sich: würde er doch durch Hinderung der Verletzung, also der Abwehr des Angriffs, selbst zum

---

gegen den Angreifer richtete, mochte sie auch zugleich gegen Dritte mit gehen.

Besonderer Untersuchung bedürfte die Frage, ob die Übertretung bloßer Gefährdungsverbote im Hinblick auf neutrale Güter (Güter, deren Träger nicht der Angreifer ist) und von Verboten schlechthin durch Notwehr sanktioniert ist. A schießt ohne polizeiliche Erlaubnis an bewohntem Orte mit Feuergewehr, um seine Tauben vor der Katze des Nachbarn, einem Raubvogel u. s. w. zu schützen, § 367 Z. 8 St.G.B. Vgl. auch den von Moriaud, de la justification du délit par l'état de nécessité S. 15 angeführten Fall: Ein Bauer fährt einen Wagen mit Geflügel zu Markt, ein Vorübergehender nimmt ein Stück weg, der Bauer verfolgt den Dieb und läßt mittlerweile den Wagen ohne Aufsicht auf der Straße stehen (§ 366 Z. 5 St.G.B.). Sicherlich begründet die Notwehr eine Ausnahme vom Verbote schlechthin mindestens dann, wenn im Einzelfalle fremde Güter nicht gefährdet werden. Die Abwehr eines gegenwärtigen Angriffs kann nicht von „polizeilicher Erlaubnis", § 367 Z. 8, abhängig sein; die gesetzliche Gestattung der Notwehr unter den Voraussetzungen des § 53 steht einer polizeilichen Erlaubnis doch gewiß gleich. Eine andere hier nicht interessierende Frage ist, welche Bedeutung das Erfordernis polizeilicher Erlaubnis für Schutzvorrichtungen gegenüber künftig bevorstehenden Angriffen hat.

Zweifellos wird ferner die Übertretung eines Komplementär-Verbotes (Binding) durch Notwehr entschuldigt, soweit es die entsprechende Verletzung selbst sein würde (§ 366 Z. 6 und 7; A ist nicht strafbar, wenn er zum Zweck erlaubter Verletzung des Angreifers B seinen Hund auf ihn gehetzt, einen Stein gegen ihn geworfen hat).

Anderer Beurteilung unterliegt der vielbesprochene Fall der Notwehr gegenüber beleidigenden Äußerungen eines Geistlichen während des Gottesdienstes. Denn die Störung des Gottesdienstes ist zweifellos Übertretung eines Verletzungsverbots. Das geschützte Gut ist Rechtsgut ohne individuelle Grundlage. So wäre weiter zu prüfen, ob die Verletzung von Rechtsgütern mit individueller Grundlage (in der Person eines anderen als des Angreifers) und von Rechtsgütern ohne solche im Zustande der Notwehr unter denselben oder verschiedenen Regeln steht. Die bisherige Litteratur hat die entscheidenden Fragen nicht erkannt und daher brauchbare Ergebnisse nicht geliefert.

Digitized by Google

Angreifer. Er mag die Integrität seiner Sache dadurch schützen, daß er sie am Angriffe verhindert.

2. Zur Abwehr eines Angriffs eine fremde Sache zu beschädigen, ist ferner dann berechtigt, nicht nur unverboten, wenn sie dem Angreifer als Mittel dient. Hat A nicht verhindern können oder wollen, daß sein Hund von B auf C gehetzt wurde, mit seiner Waffe B den C angriff, so muß er die Verletzung seines Eigentums infolge der Verteidigung des C diesem gegenüber hinnehmen. Die Sachbeschädigung geht hier in der rechtmäßigen Abwehr ohne Rest auf. B handelt nur in Notwehr dem C gegenüber, nicht zugleich im Notstande wegen der Notwendigkeit, fremdes Eigentum zu beschädigen.[1]) A durfte — mußte vielleicht — den Angreifer hindern, aber er darf nicht dem Angegriffenen in den Arm fallen. Es trifft ihn die Duldungspflicht. Ein Ersatzanspruch kann ihm — aus § 823 B.G.B. — gegen B zustehen, C haftet ihm nicht. Rechtmäßige Notwehr ergibt Schadensersatzpflicht nur unter den besonderen, hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des § 228.

3. Die Verletzung des „Angreifers" ist in den Grenzen der Notwehr immer rechtmäßig. Auch wenn die Verletzung nur unter gleichzeitiger Beschädigung einer fremden vom Angegriffenen inne gehabten, zum Angriffe nicht benutzten Sache möglich war. Trug der Angreifer einen gestohlenen Rock und es mußte zur Verteidigung auf ihn geschossen werden, so bleibt doch für den Angegriffenen die Beschädigung des Rockes durch den Schuß juristisch ganz außer Betracht, mag er gewußt haben oder nicht, daß der Rock gestohlen war. Wer möchte in solchem Falle Konkurrenz von Notwehr und Notstand, statt nur Notwehr, annehmen? Unter „Angreifer" ist — wenn, wie billig, vom angreifenden Tiere abgesehen wird — zu denken der angreifende Mensch in seiner konkreten Beschaffenheit beim Angriff. Soweit hiernach die Verletzung des Menschen Sachbeschädigung mit sich bringt, ist auch die letztere, mögen die Sachen gehören, wem sie wollen, durch die Gestattung der Abwehr mit gedeckt. Der Eigentümer hat in diesem Umfange die Duldungspflicht. Es kann ihm wegen der Beschädigung der Sachen — vielleicht schon

[1]) Sachlich übereinstimmend lehrt Binding, Handbuch I S. 750 Anm. 68, daß die Verletzung der vom Angreifer geführten fremden Waffen zwar Notstandsakt, in den Grenzen der Notwehr aber zulässig sei.

Richtig auch Kroner, Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr (Diss. 1897) S. 24, 64 f.; Müller, Notwehr (Diss. 1900) S. 22; Haller, Selbstverteidigung und Selbsthilfe (Diss. 1900) S. 62.

A. A. Vigelius, Notwehr gegen Tiere S. 32, 38.

Digitized by Google

wegen deren Wegnahme u. s. w. — ein Anspruch gegen den Angreifer zustehen. Der Angegriffene ist zweifellos nicht ersatzpflichtig, vielmehr strafrechtlich und zivilrechtlich durch Notwehr voll entschuldigt.

Das Ergebnis ist, daß die Einwirkung auf fremde Sachen in Notlage einen dreifachen juristischen Charakter haben kann: sie ist entweder Verletzung der gefahrdrohenden Sache im Sinne des § 228 oder sie bezieht sich als Notwehrakt oder Notstandsakt auf die nicht gefahrdrohende Sache. Nur die dritte Gruppe von Eigentumseingriffen steht im folgenden zur Untersuchung. Sie mag kurz genannt werden: Notstandseinwirkung auf neutrale Sachen.[1])

Würden diese Eingriffe lediglich dem § 54 des St.G.B. unterstellt, so kämen beide Teile, der Notleidende oder Nothelfer und der Betroffene, in schlimme Lage. Der Notleidende u. s. w.: er machte sich strafbar durch jede Einwirkung, die nicht erfolgte zur Rettung seiner selbst oder eines Angehörigen aus unverschuldeter gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, dürfte also einen Eigentumsnotstand niemals auf solchem Wege abwenden, auch den schlimmsten Verlust nicht durch den geringfügigsten Eingriff, dürfte den leichtsinnigerweise gereizten Hund nicht mit fremdem Stocke vertreiben, den fremden Kahn nicht benutzen zur Rettung eines Ertrinkenden, es müßte sich denn um einen Angehörigen oder um ihn selbst handeln u. s. w. Und der Betroffene hätte, soweit der Eingriff unverboten war, einen Ersatzanspruch nicht, fremde Gefahr würde auf seine Kosten gebannt; ein Delikt läge nicht vor und ein anderweiter Grund für Ersatzpflicht wäre auch nicht erfindlich.

Die unverbotene Notstandsverletzung ist nicht deshalb auch rechtmäßig. Der Handelnde übertritt nicht die Norm, wenn er unter den Voraussetzungen des § 54 die Not zu beseitigen sucht durch Einwirkung auf fremde Sachen; aber ebensowenig machte sich bei nicht anerkanntem Notrechte des Gefährdeten schuldig der Betroffene, der sich dem Eingriffe in sein Eigentum widersetzte. Gegen die Notstandsverletzung steht an sich Notwehr zu.[2]) Der nur unver-

[1]) Im Sinne des Textes ist auch die mitgefährdete, nicht gefahrdrohende Sache „neutral". Ein Bedenken gegen die Gleichbehandlung der mitgefährdeten und der nicht mitgefährdeten Sache in der Frage der Ersatzpflicht, wie § 904 Satz 2 bestimmt, wird sich im Verlaufe der Untersuchung ergeben. De lege ferenda hätte bei Bemessung der Ersatzpflicht die zerstörte mitgefährdete Sache nicht als „neutral" zu gelten. S. unten S. 307.

[2]) v. Liszt, Lehrbuch § 34 Anm. 1 nimmt nur Notstand an.

R.G. 1. Str.S.E. Bd. 23 S. 117 unterstellt ein besonderes, vom Notwehr-

Digitized by Google

botene Angriff ist nicht „rechtswidrig" vom Standpunkte des Angreifers aus, wohl von dem des Angegriffenen. Man darf sich wehren gegen jeden nicht subjektiv berechtigten Angriff, gegen jede Eigentumsverletzung, zu deren Duldung eine Pflicht nicht besteht. Ob in solchem Falle der Betroffene der fremden Not halber dem Gebote der Nächstenliebe folgen, den Eingriff hinnehmen will, obwohl er ihn wehren dürfte, hängt von ihm ab. Die Versagung eines Ersatzanspruchs würde jedenfalls nicht dazu beitragen, ihm den wünschenswerten Entschluß abzugewinnen. Indem das Recht den Angriff und den Widerstand frei gäbe, sanktionierte es den Privatkrieg.

Die Darlegung einer solchen Rechtslage ist zugleich deren Kritik. Es würde unberechtigtem Egoismus Raum gegeben, berechtigter unbefriedigt gelassen. Nur übertriebene Wertung des Eigentums kann dessen Verletzung zur Abwendung schwerer Gefahr vom freien Belieben des Eigentümers abhängig machen. Eine Duldungspflicht ist unentbehrlich und war nicht in den viel zu engen Grenzen des § 54 St.G.B. auszusprechen. Der unverbotene Eingriff mußte zugleich als rechtmäßig anerkannt, die Verteidigung dagegen abgeschnitten werden. Aber nach dem Prinzip der gerechten Schadenstragung gebührte dem Eigentümer Ersatz. Mag auch der Handelnde die Not nicht verschuldet haben, der nicht mitgefährdete Dritte hat es doch erst recht nicht. Wie kann ihm, dem Unbeteiligten, zugemutet werden, die Kosten der Notstandshandlung zu tragen? Bei Selbsterrettung und bei Nothilfe muß Ersatzpflicht bestehen gegenüber dem verletzten Dritten. Der Handelnde kann nicht verlangen, daß zu seiner Errettung ein Dritter geschädigt werde, und er soll nicht Nothilfe üben im Sinne des heiligen Krispinus.

Diesen Erwägungen und Anforderungen hatte die Rechtsreform Rechnung zu tragen.[1]) In Absicht billiger Ausgleichung der beiderseitigen Interessen bestimmt § 904 B.G.B.: Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer

---

rechte verschiedenes, eigentümlich beschränktes Recht der „Gegenwehr". Dagegen Beling, Zeitschr. f. Strafrechtswiss. Bd. 18 S. 274 f.

[1]) Die Bedenken Dernburgs, Sachenrecht § 79, gegen § 904 dürften übertrieben sein. In den Beispielen S. 227 wären — natürlich wirkliche Notlagen vorausgesetzt — die Eingriffe schon nach bisherigem Recht, nach § 54 St.G.B. unverboten und straflos gewesen.

Digitized by Google

gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

II. Die Auslegung des § 904 stößt auf wesentliche Schwierigkeiten nicht. Die leitenden Grundgedanken liegen klarer zu Tage, als es bei § 228 zutrifft.

1. Während § 228 von Beschädigung oder Zerstörung der gefahrdrohenden Sache handelt, betrifft § 904 Einwirkungen jeder Art auf die nicht gefahrdrohende fremde Sache.[1])

Die „Einwirkung" kann Beschädigung oder Zerstörung, wird aber zumeist nur sein eine Verwendung für Zwecke, zu denen die Sache ihrer Beschaffenheit nach bestimmt oder doch geeignet ist (Benutzung als Verteidigungsmittel, Aufenthalt in fremder Räumlichkeit zum Schutz gegen die Kälte u. s. w.); vielleicht verbindet sich auch mit solchem Gebrauch der Sache eine Verletzung ihrer Integrität. Es ist ebensowohl denkbar, daß die Einwirkung dem Eigentümer erheblichen, als daß sie ihm minimalen oder gar keinen Schaden bringt.

Ähnlich, wie im Falle des § 228, ist mit der Einwirkung gestattet die dazu unerläßliche Vorbereitungshandlung, vorausgesetzt, daß sie durch die Einwilligung desjenigen, dessen Rechtskreis die Einwirkung trifft, gedeckt sein würde.[2]) Diese Einwilligung wird unter den Voraussetzungen des § 904 durch das Gebot der Duldung suppliert.

Wesentlich ist der Zweck der Gefahrabwendung. Es genügt nicht diese Thatsache.[3]) Dolose Einwirkung des A auf eine Sache des B wird nicht dadurch legitimiert, daß C auf diesem Wege ohne Vorwissen des A einer Gefahr entgeht u. s. w.

Gefahrdrohende Sache ist nur die gefahrerzeugende,[4]) nicht auch die gefahrvermittelnde Sache. Wenn das Haus a brennt und der

---

[1]) Die analoge Anwendung auf fremde Güter ohne Sachqualität mag dahingestellt bleiben.

[2]) Anderweite Verletzungen oder Gefährdungen Dritter sind nicht nach § 904, sondern nach allgemeinem strafrechtlichen Notstandsrecht zu beurteilen.

Ebenso ist § 904 nicht zu beziehen auf Verletzungen und Gefährdungen von Rechtsgütern ohne individuelles Substrat. Vielmehr entscheiden darüber die allgemeinen strafrechtlichen Notstandssätze.

Endlich kann auch die Befugnis zur Übertretung rein polizeilicher Verbote nicht einfach aus § 904 abgeleitet werden. Vgl. oben S. 246 Anm. 1.

[3]) So Titze, Notstandsrechte S. 108.

[4]) Vgl. auch Matthiaß I S. 300.

Digitized by Google

Eigentümer des Hauses c reißt das dazwischenliegende Haus b nieder, um das Feuer von seinem Hause fern zu halten, — ein v. Liszt Deliktsobligationen S. 91 angeführtes Beispiel, — so droht die Gefahr, so lange das Feuer auf das Haus a beschränkt ist, nur von diesem. Die Zerstörung des brennenden Hauses begründet unter den Voraussetzungen des § 228 Ersatzpflicht nicht. Dagegen wäre für die Zerstörung des Zwischenhauses der Handelnde nach § 904 ersatzpflichtig.[1])

Das Beispiel erregt Bedenken gegen die Regelung der Ersatzpflicht im Gesetze für den Fall, daß die gefahrvermittelnde fremde Sache selbst gefährdet war. Denn unter dieser Voraussetzung erstreckte sich die Not auch auf den Eigentümer dieser Sache, er war nicht „unbeteiligt". Vgl. darüber unten zu S. 307.

Vielleicht genügt die Einwirkung auf die fremde Sache für sich allein, die Gefahr zu bannen (Zerstörung des Zwischenhauses u. s. w.); vielleicht hat sich zu diesem Zweck mit ihr eine anderweite Thätigkeit des Einwirkenden oder eines Dritten, eine Thätigkeit, die wieder eine Einwirkung auf fremde Sache enthalten kann, zu verbinden (Erbrechen eines Behältnisses, Entnahme von Sachen daraus, Gebrauch derselben zu Heilungs-, Löschungs- u. s. w. Zwecken u. s. w.).

2. Die Einwirkung auf die neutrale Sache wird in beschränkterem Maße[2]) gestattet als die Verletzung der gefahrdrohenden Sache. Proportionalität von Gefahr und Schaden genügt nicht. Es muß vielmehr der drohende Schaden größer sein als der dem Eigentümer aus der Einwirkung entstehende Schaden und zwar unverhältnismäßig größer.

Ob ein solches Übergewicht bestanden hat, ist bei Eigentumsnotstand (und bei Vermögensnotstand überhaupt) immer nach richterlichem Ermessen zu beurteilen. Dabei sind die Interessen beider Teile an der Sacherhaltung in Betracht zu ziehen. Denn es handelt sich nicht um die Vergleichung zweier Sachschäden, wobei nur der objektive Wert in Frage käme, sondern um Schädigungen des einen und des anderen Sacheigentümers. Bei der Verletzung der gefahrdrohenden Sache spielt das individuelle Moment, das Interesse, nur auf der Seite des Gefährdeten mit; der andere Teil, dessen Sache die Gefahr bringt, hat nicht Anspruch darauf, daß für ihn ein

[1]) Baumann, Notstandsbestimmungen des B.G.B. (Diss. 1902) S. 41 wendet fälschlich § 228 an.

[2]) A. A. Litze S. 105 Anm. 20; Matthiaß I S. 300; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht S. 182.

Digitized by Google

anderer Maßstab als der des objektiven Sachwertes gewählt werde. Die Thatsache, daß nach § 228 der Handelnde, wenn er die Gefahr verschuldet hatte, zum Schadensersatze, nicht nur zum Werterſatze verpflichtet ist, berechtigt, wie schon oben hervorgehoben wurde, nicht zu dem Rückschlusse, daß auch bei der Vergleichung des drohenden und des zuzufügenden Schadens der letztere nach individuellem Maßstab, als das Interesse des anderen Teils, nicht als bloßer Sachschaden, zu veranschlagen sei. Denn die Schadensersatzpflicht ist durch Verschulden des Handelnden motiviert. Anders liegen die Verhältnisse bei § 904. Wenn der drohende Schaden abzumessen ist gegenüber „dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden" und der Eigentümer Ersatz „des ihm entstehenden Schadens" verlangen kann, so lehrt schon der Zusammenhang, daß für die Schätzung des präsumtiv entstehenden und des drohenden Schadens der gleiche Maßstab gilt: der des Interesses, nicht des bloßen Sachschadens.

Es treten so die zu § 228 gewonnenen Ergebnisse durch die Vergleichung mit § 904 noch in schärferes Licht.[1])

Gewiß ist's für den Bedrohten leichter, den entstehenden Sachschaden als das Interesse des Sacheigentümers im voraus abzuschätzen. Aber es entscheidet ja auch nicht, wie bei § 228, die Proportionalität von Gefahr und Schaden, vielmehr wird die Einwirkung nur gestattet, wenn der eine Schaden den anderen unverhältnismäßig übersteigt. Indem die Überzeugung weit überwiegenden eigenen Interesses bestehen muß, wird die Fehlerquelle, die in der Unsicherheit der Vorausberechnung fremden Interesses liegt, erheblich abgeschwächt.

Bei Gefahr für das Leben ist der drohende Schaden immer unverhältnismäßig größer als der dem anderen Teil erwachsende Vermögensnachteil.

Und nicht anders wird zu entscheiden sein, wenn die Körperintegrität bedroht ist.[2]) Körperschäden stehen zu Vermögensschäden nicht im Verhältnis, zumal das Maß der präsumtiven Verletzung selten mit Sicherheit vorauszuberechnen ist und auch eine an sich geringfügige Verletzung bei unglücklicher Verkettung der Umstände die schwerwiegendsten Folgen haben kann.

Einen Fall der Gefahr für Leib oder Leben bildet die not-

[1]) Die zivilistische Litteratur läßt die im Text durchgeführte Unterscheidung vermissen.

[2]) A. A. v. Liszt, Deliktsobligationen S. 89; Planck zu § 904 Bem. 2c. Zweifelnd Titze, Notstandsrechte S. 106.

Digitized by Google

ſtanderzeugende Nötigung des § 52 St.G.B. Iſt A durch eine dem § 52 entſprechende Drohung des B zur Beſchädigung der Sache des C genötigt worden, ſo trifft jenen die Schadenserſatzpflicht des § 904 ganz ebenſo, als ob eine anderweit begründete Lebens- u. ſ. w. Gefahr des A den Anlaß gegeben hätte, während B ſtrafrechtlich und zivilrechtlich als mittelbarer Thäter[1]) des Delikts haftet.

Beiderſeits iſt damnum emergens und lucrum cessans in Anſchlag zu bringen.

Beſteht für den Bedrohten die Möglichkeit, durch Einwirkung auf eine eigene Sache die Gefahr abzuwenden, ſo darf er nur dann zu gleichem Zweck auf fremde Sache einwirken, wenn der Schaden der Einwirkung im erſteren Falle unverhältnismäßig größer ſein würde als im letzteren. Unzutreffend iſt, die Einwirkung auf fremde Sache an die Bedingung zu knüpfen, daß der Schaden, der dem Bedrohten aus der Einwirkung auf eigene Sache erwüchſe, annähernd gleich wäre dem Schaden, den er durch Paſſivität erlitte.[2]) Stehen zur Abwendung eines Schadens von 1000 Einwirkung auf fremde Sache mit einem Schaden von 10 und auf eigene mit einem Schaden von 500 zur Wahl, ſo iſt doch wohl nicht die letztere Alternative maßgebend.

3. Das Überwiegen des drohenden Schadens bedingt die Rechtmäßigkeit des Eingriffs. Der Eigentümer iſt unter dieſer Vorausſetzung nicht berechtigt, die Einwirkung zu verbieten, ſie zu hindern. Der Bedrohte hat ein Notrecht, er die Duldungspflicht.[3]) Mit dem Notrechte verbindet ſich Zwangsbefugnis. Das Maß des zuläſſigen Zwanges reicht ſo weit als das Zwangsbedürfnis. Der Eigentümer ſetzt ſich durch ſeinen Widerſtand ins Unrecht und dem Gegner ſind alle Zwangsmittel erlaubt, die im Einzelfalle zur Überwindung des Hemmniſſes erforderlich ſind.[4]) Verkehrt wäre Gewalt gegen die Perſon bei bloßem Eigentumsnotſtande auszuſchließen.

---

[1]) Anſtifter iſt B nicht, da nur er, nicht A delinquiert.
A hat vollen Regreß gegen B (aus § 823).

[2]) So Haenle, Einfluß des B.G.B. auf die ſtrafrechtliche Behandlung des Notſtands (Diſſ. 1899) S. 25.

[3]) Intereſſant der Verſuch des R.G., auf dem Boden des früheren Rechts zu einer Duldungspflicht zu kommen, Entſch. Bd. 23 S. 117. Auf ſolchen Wegen hilft die Praxis, wenn die Geſetzgebung die Bedürfniſſe der Rechtsfortbildung nicht befriedigt. Es kann auf Kohlers Ausführung, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 83 f. verwieſen werden.

[4]) Übereinſtimmend v. Liszt, Deliktsobligationen S. 90.
A. A. Coſack I S. 276, der Gewaltanwendung ausſchließt.
Undurchführbare Beſchränkungen bei Crome I S. 539.

Digitized by Google

Körperverletzungen u. s. w. würden freilich in solcher Situation unzulässig sein als bloße Notstandshandlungen. Hier aber dienen sie der Verwirklichung eines Notrechts.[1]) Die Beseitigung des Widerstandes ist auch nicht nur unter den Voraussetzungen der Selbsthilfe, § 229 B.G.B., gestattet.[2])

Ohne Zweifel ist für die Gewährung des Notrechts das von R. Merkel in seiner geistvollen, verdienstlichen Schrift über die Kollision rechtmäßiger Interessen (1895) entwickelte Prinzip des „überwiegenden Interesses" mitbestimmend gewesen. Daß man aber diese Idee nicht in dem vollen von Merkel ihr gegebenen Umfange angenommen hat, ist nur zu billigen.[3])

---

[1]) Treffend sagt Binding, Rechtszwang, Normen I S. 485, das Zwangsrecht bestimme sich seiner Energie nach, also in der Wahl seiner Mittel, allein durch das Maß des Widerstandes.

[2]) Vgl. oben S. 257.

[3]) Merkels Prinzip geht einerseits zu weit, anderseits nicht weit genug.

Das überwiegende Interesse soll im Notstande stets ein Notrecht zur Verletzung des geringeren Interesses begründen, S. 42 f. Es ist aber gewiß nicht angängig, dem A die Notwehr abzuschneiden, wenn B in einer Notlage sein Leben zu schützen sucht auf Kosten der Körperintegrität des A. Der Selbsterhaltungstrieb ist viel zu mächtig, als daß das Recht ein solches Opfer fordern könnte. Die Ausnahmen von den Verletzungsverboten in Notlagen decken sich nicht und können sich nicht decken mit Notrechten zur Verletzung unter Ausschluß des Notwehrrechts für die Betroffenen. Und auch die Rücknahme des Verbots ist nur in weit engerer Begrenzung möglich, als Merkel befürwortet. Die Autorität der Rechtsordnung litte Schaden, wenn in dem von ihm gewünschten Umfange dem überwiegenden Interesse Raum gegeben würde. Zudem ließe sich eine auch nur einigermaßen erschöpfende, rechtspolizeiliche Interessentaxe nicht aufstellen; der Handelnde würde in vielen Fällen erst post festum vom Richter erfahren, ob sein Thun unverboten oder verboten gewesen wäre (vgl. Merkel selbst S. 78). Manches Beachtenswerte bei Tobler, Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr S. 13–48.

Das Prinzip versagt, wie Merkel S. 45 f. selbst konstatiert, bei Kollision gleichwertiger Interessen. Es geht nicht an, hier nach dem individuellen Wert der abstrakt gleichstehenden Güter zu entscheiden. Man denke sich z. B. auf dem bekannten Brette einen großen Gelehrten und einen großen Künstler oder einen normalen „Hausvater" und ein verbummeltes Genie, das meist dem Gemeinwesen zur Last ist, zuweilen aber nützliche Erfindungen macht. In solchen Lagen beim Fehlen anderer brauchbarer Kriterien in der größeren Körperkraft den größeren individuellen Wert zu finden (darauf kommt Stammlers Lösung, Notstand S. 77 hinaus), ist ein Verlegenheitsbehelf, mit dem das Prinzip aufgegeben wird.

Ein einheitliches, alle Notstandsfälle einschließendes Entscheidungsprinzip besteht nicht.

Merkel übertreibt auch darin, daß er den Begriff der „Not" viel zu weit

Digitized by Google

Über die Vorbedingungen des Notrechts können die Parteien irren infolge unrichtiger Schadensabschätzung. Es mag dann gelegentlich zu blutigen Konflikten kommen. Der unberechtigte Angriff und die unberechtigte Abwehr können, brauchen nicht schuldhaft zu sein. Die Streitgefahr muß in Kauf genommen werden, der Ausschluß der Eigenmacht, der Selbstverteidigung wäre das größere Übel.

4. Wird durch den Widerstand des Duldungspflichtigen das Notrecht vereitelt, so ist dieser für die Folgen seiner Rechtswidrigkeit verantwortlich. Er haftet wegen Nichthinderung der Verletzung (Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung u. s. w.) des Notleidenden. Indem das Recht ihn zur Unterlassung des Widerstandes gegen die Notstandshandlung verpflichtet, fordert es von ihm, daß er durch Gestattung der Einwirkung auf seine Sache — nicht weiter — zur Abwendung der Notlage mitwirke. Diese Hinderungspflicht wird verletzt durch den Widerstand gegen die Notrechtsübung. Das trifft gleichmäßig zu, mag der Widerstand ein passiver oder aktiver gewesen sein, wenn auch im letzteren Falle leicht eine anderweite Rechtswidrigkeit (Delikt gegen die Person des Notleidenden u. s. w.) noch konkurriert haben wird.

Bei Schuld, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, des Verpflichteten sind daher an sich alle Voraussetzungen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Deliktshaftung erfüllt.

Es ist hier nicht der Ort, Streitfragen der Kausalitätslehre zu erörtern. Nichthinderung eines Erfolges bei vorhandener Hinderungspflicht steht — in diesem Ergebnis treffen die neueren Theorien zusammen — der Herbeiführung des Erfolges oder doch der Erleichterung seines Eintritts gleich.

Die Haftung wegen Nichthinderung ist, sofern nicht etwa positive Rechtsbestimmung eine anderweite Rechtsfolge *gesetzt* hat, je nach den Umständen Thäter- oder Gehilfenhaftung. Sie begründet *Thäterhaftung*, wenn der Verpflichtete vorausgesehen hat oder voraussehen konnte, daß die *gegebene* Situation ohne sein Ein-

---

faßt, jede scharfe Begrenzung der Notstandsfälle von anderweiten Interessen-Kollisionen vermissen läßt, S. 14 f., die Expropriation z. B. S. 55 aus dem Gesichtspunkte der „Not“ beurteilt. Das Leben der Gesamtheit und des einzelnen bewegt sich in fortgesetztem Widerstreit der Interessen, aber es ist doch nicht „Notstand“ die normale Lebenssituation.

Das Prinzip des „aktiven Interesses“ endlich, das Merkel für die Frage der Ersatzpflicht verwertet, S. 144 f., ist nicht als praktikabel anzuerkennen.

Vgl. weiter S. 308 Anm. 1 und S. 313 Anm. 1.

Digitized by Google

greifen zum Erfolge führen werde. Sie begründet Gehilfenhaftung, wenn der Verpflichtete vorausgesehen hat (fahrlässige Beihilfe entfällt nach St.G.B.), daß die Fortführung einer von ihm bemerkten fremden deliktischen Thätigkeit ohne sein Eingreifen zum Erfolge führen werde. Auch im ersteren Falle kann die gegebene Situation sehr wohl durch Delikt herbeigeführt worden sein: sind von verbrecherischer Hand Felsstücke auf die Schienen gelegt worden, so erscheinen der Thäter und der nichthindernde Bahnwärter gleichmäßig wegen Thäterschaft (nicht wegen Mitthäterschaft) strafbar. Im zweiten Falle würde der Versuch der Hinderung dem Delinquenten ein Hemmnis bereiten. Dieses Hemmnis wird durch Unterlassen des Hinderungsversuches gleichsam beseitigt, die That erleichtert.

Ergibt der Eintritt des Erfolges, der Tod u. s. w. des Notleidenden, Haftbarkeit eines Dritten, des Angreifers, so werden in der Person des Duldungspflichtigen regelmäßig die Voraussetzungen der Beihilfe gegeben sein. Ist A bei Überlassung der Angriffswaffe an den Angreifer Gehilfe, so kann die Versagung der Verteidigungswaffe gegenüber dem Angegriffenen nicht Thäterhaftung begründen.

Reiner Notstandslage entspricht Thäterhaftung des schuldigen Hinderungspflichtigen.

An diesen Resultaten wird nichts geändert durch Passivität des Notleidenden, der den Widerstand des Pflichtigen hätte brechen können. Es besteht wohl Zwangsrecht, aber nicht Zwangspflicht. Wie die Haftung des Angreifers nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt wird durch widerstandsloses Hinnehmen des Angriffs,[1]) so bleibt auch auf die Verantwortlichkeit des Hinderungspflichtigen der Nichtgebrauch des Zwangsrechts ihm gegenüber ohne Einfluß.

Der strafrechtlichen Haftung korrespondiert die zivile, §§ 823 Abs. 1, 830,[2]) 840 B.G.B. Von einem konkurrierenden Verschulden des Beschädigten wegen unterlassener Zwangsübung kann gar nicht die Rede sein, Bezugnahme auf § 254 B.G.B. wäre durchaus mißverständlich. Wie könnte ein Delinquent sich strafrechtlich oder zivilrechtlich darauf berufen, daß der Angegriffene ihn nicht an seinem deliktischen Thun gewaltsam gehindert habe?[3]) Eine ganz andere Frage ist es,

[1]) Vgl. auch Titze, Notstandsrechte S. 96; ferner Fischer-Henle zu § 228 Bem. 8.

[2]) Ob § 830 die fahrlässige Beihilfe mit begreift, mag auf sich beruhen.

[3]) Nichtaufklärung gegnerischen Irrtums kann unter Umständen schuldhaft sein (§ 254), steht aber hier nicht in Frage.

Digitized by Google

ob Folgen der deliktischen Thätigkeit, deren Hinderung in der Macht des Betroffenen lag, trotzdem den Delinquenten belasten. Auf diese Frage einzugehen, bietet eine Gesetzesbestimmung, die von der Notwendigkeit der — deliktisch gehinderten — Sacheinwirkung zur Abwendung der Gefahr ausgeht, einen speziellen Anlaß gewiß nicht.

In anderer Hinsicht dagegen kann eine Milderung der Haftung gemäß § 254 allerdings in Betracht kommen. War die Notlage vom Notleidenden selbst verschuldet, so wurden zwar dadurch sein Notrecht und die Duldungspflicht des anderen Teils nicht ausgeschlossen und es blieb bei Renitenz des Verpflichteten dessen Thäter- oder Gehilfenhaftung bestehen, allein es trifft doch nun die Voraussetzung des § 254 zu, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat. Nach dem Zweck dieser Vorschrift — materiell gerechte Bemessung der Ersatzpflicht — ist sie anwendbar, mag in dem mitwirkenden Verschulden nur eine Bedingung oder die Mitursache (oder auch die Ursache, gefördert durch das Thun des anderen) des Schadens zu finden sein. Denn daß der Wortlaut des Gesetzes Mitwirkung und Mitverursachung identifiziert, erscheint belanglos. Hat z. B. A den B durch Stichelreden gereizt und ist nun von dem Wütenden verletzt worden, so liegt in der Provokation eine Bedingung des eingetretenen Schadens. Für die Mitverursachung mag als unwahrscheinliches, aber sehr bezeichnendes Beispiel dienen, daß gleichzeitig A auf den B und dieser auf sich selbst geschossen hat und B nun an der Summe der Wunden gestorben ist. Das gesetzliche Prinzip ergreift beide Fälle. Nicht abstrakte Regel, sondern billiges richterliches Ermessen entscheidet über den Einfluß des mitbedingenden und des mitverursachenden eigenen Verschuldens. Daher bedarf's nicht der Untersuchung, ob bei Annahme der Thäterhaftung des renitenten Sacheigentümers wegen Nichthinderung des Erfolges das vorgängige Verschulden des Beschädigten selbst als bedingend oder verursachend zu erachten ist, eine Untersuchung, die auch aus dem Rahmen der Abhandlung herausfallen würde.

5. Da die Einwirkung auf die neutrale Sache immer nur Notstands-, nie Notwehrakt ist, so könnte sie in Ermangelung der Voraussetzungen des § 904 vielleicht noch unverboten, gewiß aber nicht rechtmäßig sein. Denn Notstandsverletzungen im Sinne des § 54 sind nur unverboten.

Es fragt sich also, ob für den Fall der Eigentumsverletzung

Digitized by Google

im Notstande neben § 904 B.G.B., noch § 54 St.G.B. fortgilt oder durch die Spezialvorschrift des neuen Gesetzbuchs insoweit als beseitigt zu erachten ist. § 54 verneint die Strafbarkeit gerade deshalb, weil eine Ausnahme vom Verbote gemacht wird. Ist die Ausnahme im Hinblick auf Verletzung nicht gefahrdrohender Sachen durch die Vorschrift des § 904 generell ersetzt worden, so hat in diesem Umfange § 54 offenbar jede Bedeutung verloren, denn die Straflosigkeit unverbotenen und zugleich rechtmäßigen Handelns versteht sich von selbst und würde nicht erst aus der Straflosigkeitserklärung des § 54 zu folgern sein.

Nun verlangt § 904, daß der drohende Schaden den aus der Einwirkung entstehenden weit überwiege; § 54 macht diese Voraussetzung zwar nicht, läßt aber Notstandsverletzungen nur zur Rettung von Leib oder Leben zu. Und in den letztern Fällen ist das Erfordernis des § 904 nach richtiger Ansicht stets durch die Situation gegeben.

Die ganze Frage existiert also nur für solche, die annehmen, daß Eigentumsverletzungen gegenüber drohenden Körperverletzungen einen unverhältnismäßig großen Schaden ergeben könnten. Sie werden zu prüfen haben, ob dann der Eingriff, dessen Rechtmäßigkeit nach § 904 zweifellos entfiele, infolge des § 54 immer noch als unverboten und straflos zu erachten wäre. Indessen die Tendenz erschöpfender Regelung der bezüglichen Eingriffe tritt in § 904 so deutlich hervor, daß auch von diesem Standpunkte aus der Fortbestand der älteren Ausnahmevorschrift verneint werden müßte.[1])

Mit der Rechtmäßigkeit der Einwirkung ist sonach stets auch ihr Unverbotensein beseitigt. Es hat daher nicht nur der Betroffene gegen den unrechtmäßigen Eingriff Notwehrrecht, sondern es macht sich auch der Handelnde — die subjektiven Erfordernisse vorausgesetzt — strafbar und wird ersatzpflichtig ex delicto, aus § 823 B.G.B.

6. Der Gesetzgeber unterscheidet nicht zwischen verschuldeter und unverschuldeter Gefahr. Die Einwirkung ist in beiden Fällen rechtmäßig.[2]) Dagegen kann sehr wohl für die Gefahrverschuldung an sich, z. B. für fahrlässig verursachten Brand, Deliktshaftung bestehen. Aber auch in diesem Falle ist die Notrechtsübung nicht deliktisch. Es müßte denn der Thäter die Situation vorsätzlich herbeigeführt

[1]) A. A. v. Liszt, Deliktsobligationen S. 89.
[2]) A. A. v. Liszt, Deliktsobligationen S. 90.

Digitized by Google

haben, um sub specie eines Notrechts zu verletzen: dann würde sich auch in letzterer Hinsicht die Haftung in Deliktshaftung wandeln, ein Notrecht des Thäters nicht bestehen.

In der Unabhängigkeit des Notrechts vom Schuldmomente liegt eine bemerkenswerte Abweichung von der strafgesetzlichen Vorschrift. § 54 gewährt Strafloſigkeit nur bei unverschuldetem Notstand. Diese Bestimmung gilt fort für die Verletzung persönlicher Rechtsgüter im Notstande. Solche ist nur in Ermangelung einer Schuld unverboten. Rechtmäßig ist sie nie, denn ein Notrecht gewährt wohl § 904, aber nicht § 54. Der Betroffene hat also in jedem Falle das Notwehrrecht.

Das Sachgut muß fremder Not geopfert werden mit Anspruch auf Ersatz. Opfer an Leib und Leben in gleichem Falle kann das Recht nicht fordern.

7. Eine fernere Abweichung von § 54 liegt darin, daß die Einwirkung als Nothilfeakt zu gunsten jedes Dritten, nicht nur des Angehörigen, gestattet ist. Bei Gefahr für Leib oder Leben verdient die Erweiterung gewiß Beifall. Dagegen ließe sich in Frage ziehen, ob auch bei bloßem Eigentumsnotstande die Nothilfe in diesem Umfange zuzulassen war. Indessen dürfte das Bedenken im wesentlichen gehoben sein durch das Erfordernis erheblichen Übergewichts des drohenden Schadens über den entstehenden. Nothilfe ohne diese Voraussetzung ist verboten, mit ihr regelmäßig am Platze.

8. Die Notlage kann in Notwehr oder Notstand gründen; dem Dritten, dem Sacheigentümer gegenüber besteht immer nur Notstand.

Soweit durch Einwilligung des Angegriffenen die Rechtswidrigkeit des Angriffs entfällt, ist weder Notwehr-, noch Notstandslage vorhanden. Wer in solchem Falle mit Kenntnis der Situation dem Angegriffenen beisteht, macht sich durch Verletzungen des Angreifers oder Dritter strafrechtlich und zivilrechtlich verantwortlich.

Putative Nothilfe begründet bei Entschuldbarkeit des Irrtums strafrechtliche Haftung nicht. Auch die zivile Deliktshaftung gemäß § 823 B.G.B. wird durch entschuldbaren Irrtum aufgehoben. Eine andere Frage aber ist, ob nicht die Ersatzpflicht aus § 904 bei Einwirkung auf eine fremde Sache dennoch bestehen bleibt. Darauf wird unter Nr. 10 einzugehen sein.

Die Nothilfe nach § 904 kann auch zu gunsten einer res nullius geübt werden. Denn die Rechtsordnung hat unter den

Digitized by Google

Voraussetzungen dieses Paragraphen an der Erhaltung der wertvolleren Sache ein Interesse. Auch der Wortlaut des Gesetzes schließt diesen Fall nicht aus. Es hat daher kein Bedenken, Sachnotstand und Sachnothilfe neben Notstand und Nothilfe persönlicher Art anzuerkennen. Der Sachnothelfer aber hat zu beachten, daß er durch rettende Einwirkung auf fremde Sache deren Eigentümer ersatzpflichtig wird, ohne Regreß zu haben. Vielleicht macht er sich nachträglich zum Eigentümer der res nullius (hätte er es schon vorher gethan, so wäre die eigene Sache von ihm gerettet worden). Andernfalls bringt er ein Opfer.

Zur Erhaltung einer res nullius ist auch Einwirkung auf eine gefahrdrohende fremde Sache durch Zerstörung, Beschädigung u. s. w. zulässig; es wäre ja ein voller Widerspruch, die neutrale Sache der Einwirkung auszusetzen, die gefahrdrohende für immun zu erklären. Aber es fragt sich, welche Voraussetzungen dafür gelten, die des § 228 oder des § 904? Nun ist dem Wortlaute nach § 228 auf sachlichen Notstand nicht zu beziehen („um Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden"). Und auch sachlich gerechtfertigt ist, den Schutz der res nullius durch Verletzung fremden Eigentums nur bei erheblichem Übergewicht des drohenden über den anzurichtenden Schaden zu gestatten, denn es fehlt an einem schutzbedürftigen Einzelinteresse. Ebenso erscheint im Gegensatz zu § 228 die Schadensersatzpflicht des Verletzenden wohl begründet. Wer eine res nullius gefährdet, greift fremdes Interesse nicht an; weshalb sollte er den Schaden tragen? Sonach ist in beiden Beziehungen, was die Voraussetzungen der rettenden Einwirkung und ihre zivilen Konsequenzen betrifft, nach der Analogie des § 904 zu entscheiden. Die Rechtslage ändert sich völlig, wenn sich der Rettende zuvor zum Herrn der res nullius gemacht hat. Dann steht ihm § 228 zur Seite.

9. Das Recht der Einwirkung auf die fremde Sache ist in keinem Sinne ein Enteignungsrecht.[1]) Selbst wenn die Not den Verbrauch, z. B. das Verzehren, der Sache erfordert, wird nicht der Notleidende mit deren Ergreifung Eigentümer und konsumiert nun als solcher, er vernichtet nur den Gegenstand des fremden Eigentums und damit dieses selbst. Ein Eigentumsübergang, wie bei der

[1]) So Lehmann, Dogm. Jahrb. Bd. 13 S. 224 f.; ähnlich Endemann I S. 444; Biermann zu § 904 Anm. 3.

Auch in den Protokollen (I S. 261; VI S. 214) kommt dieser Gedanke zum Ausdruck.

Digitized by Google

Enteignung (vgl. z. B. § 44 preuß. Ges. v. 11. Juni 1874), findet keineswegs statt. Ein Eigentumseingriff, der zur Eigentumszerstörung führen kann, weiter nichts, steht in Frage. Das lehrt deutlich schon die Stellung des § 904 in dem Titel „Inhalt des Eigentums". Nur wenn die Einwirkung zwecks Verbrauchs einen Eigentumserwerb vermittelte, möchte es allenfalls angehen, den bloßen Gebrauch nach Analogie der Enteignung zu beurteilen.

Hat z. B. A in einer wahren Notlage sich Äpfel von fremdem Baume gebrochen oder geschüttelt, so ist durch diese Einwirkung weder nach gemeinem Recht noch in Anwendung des B.G.B. das fremde Eigentum an den Äpfeln verdrängt worden. Daß der Separationserwerb des Eigentümers nach römischem Recht durch Fruchtperzeption in unverbotenem Notstande oder kraft Notrechts ausgeschlossen werde, ist wohl noch nie behauptet worden.[1]) Und

[1]) Viel eher könnte man an Eigentumserwerb denken bei den zahlreichen Fällen des älteren deutschen Rechts, in denen der Grundeigentümer, ohne daß ein Fruchtziehungsrecht besteht, die Wegnahme organischer Erzeugnisse sich gefallen lassen muß oder doch diese unverboten ist. Die sehr interessanten Rechtserscheinungen verdienten eingehende kriminalistische und zivile Würdigung. Eine Anzahl davon wird als Notstandsverletzungen charakterisiert, so von Stammler, Notstand S. 22, 23; Titze, Notstandsrechte S. 47f. Bei anderen versagt dieser Gesichtspunkt, auch wenn der Begriff der Not noch so weit gefaßt wird. Es braucht nur erinnert zu werden an das Rechtssprichwort „Drei sind frei" (Wander, Sprichwörterlexikon I S. 692), wonach ein Vorübergehender ungestraft drei Äpfel, drei Birnen, drei Nüsse u. s. w. von fremden Bäumen brechen darf (Roth. c. 301: si quis super tres uvas de vinea aliena tulerit, componat sol. VI, nam si usque tres tulerit, nulla sit ei culpa; Rheingauer Weistum bei Grimm, Rechtsaltertümer S. 554 (4. Ausg. II, 84): Ob ein Traubenschneider ein Böswicht? hat er dri oder fiere in sine Hant gesniden und die gessen, darumb ist er nit ein Böswicht; Bochumer Landrecht § 47 bei Grimm S. 209 (4. Ausg. I, 287): drei Garben u. s. w.); an das Vorrecht Schwangerer, ungestraft ihr Verlangen nach Obst u. s. w. zu befriedigen (Salzburger Landtäding bei Grimm S. 408 (4. Ausg. I, 564): Kommt eine Frau in einen Baumgarten — — — und ist das Obs zeitig und ob ein Frau ein besondern Lust hätte, so möchte sie oder etwer von ihrentwegen ein Obs herabbrechen, — — — damit sie ihren Lust auf einmal wol ersettigen mag") u. s. w. Die Duldungspflicht des Eigentümers tritt sehr deutlich hervor in l. Burg. 28, 1: si quis Burgundio aut Romanus silvam non habeat, incidendi ligna ad usus suos de jacentivis et sine fructu arboribus in cujuslibet silva habeat liberam potestatem neque ab illo, cujus silva est, repellatur u. s. w. Zahlreiche weitere Belege bei Wilda, Grimm u. s. w. Das Grundeigentum ist eben im älteren deutschen Recht bei weitem nicht so egoistisch und ausschließlich entwickelt, wie nach der römischen Auffassung (Reste der deutschrechtlichen Anschauung noch heute? Pilz- und Beerenlesen? u. s. w.). In dieser Thatsache und nicht in künstlicher Erweiterung des Notstandsbegriffs (Stammler, Titze u. a.) liegt die zutreffende Erklärung.

Digitized by Google

§ 953 B.G.B. lehrt ganz zweifellos, daß die abgepflückten Äpfel nicht dem Notleidenden, sondern dem Eigentümer des Baumes gehören. Das fortbestehende fremde, erst mit der Konsumtion untergehende Eigentum zeigt sich deutlich, wenn es zu solcher Konsumtion nicht kommt, der Notleidende, weil er gestört, verjagt wird, die Früchte wieder wegwirft. Sollten sie dann res nullius sein? Zumeist freilich hat das bis zum Verbrauch fortbestehende Eigentum des Grundeigentümers u. s. w. praktischen Wert für diesen nicht. Bewährt sich nun nicht einmal in solchem Falle der Gesichtspunkt der Enteignung, so dürfte damit seine völlige Unverwertbarkeit bewiesen sein.

Die Sachzerstörung mag man insofern eine „Enteignung" nennen, als sie dem fremden Eigentum ein Ende macht. Aber nicht in diesem Sinne, sondern nach Analogie der Enteignung von Grundeigentum u. s. w. ist der Ausdruck von der Enteignungstheorie, wie sie für § 904 mehrfach Vertretung gefunden hat, verstanden worden.[1])

Auch insofern sind die Thatbestände grundverschieden, als die Enteignung unter staatlicher Intervention nach Abwägung der beteiligten Interessen aus Gründen des öffentlichen Wohles geschieht, während § 904 einen eigenmächtigen Eingriff in fremdes Eigentum eines privaten Interesses halber erlaubt.

Die Einwirkung auf die gefahrdrohende Sache im Falle des § 228 müßte konsequent auch als Enteignung — ohne Ersatzpflicht — aufgefaßt werden, ja weitergehend jede Notwehrverletzung, die einen Sachschaden ergibt u. s. w. Die sämtlichen erlaubten Sachbeschädigungen lösten sich in Enteignungen auf!

Der Autor der Enteignungslehre ist Lehmann.[2]) Er hat sie aufgestellt in offenbarem Widerspruch mit den römischen Quellen, um für Eigentumsverletzungen im Notstande eine Entschädigungspflicht zu begründen. Diesem Billigkeitsbedürfnis hat B.G.B. in § 904 genügt. Umsoweniger ist jetzt noch das Festhalten an der Enteignungsidee veranlaßt.

10. Der Eigentümer hat stets Ersatzanspruch. Da selbst bei verschuldeter Notlage der Eingriff rechtmäßig ist, so darf in dieser Ersatzpflicht eine Deliktsfolge nicht erblickt werden.

Selbstverständlich besteht die Ersatzpflicht erst recht, wenn es an den gesetzlichen Voraussetzungen erlaubter Einwirkung fehlte. Die Handlung war dann verboten, Verpflichtungsgrund ist das

[1]) Über den Gegensatz strafrechtlicher und zivilrechtlicher „Enteignung" vgl. Binding, Lehrbuch I S. 264 f.

[2]) Dogmat. Jahrb. Bd. 13 S. 215 f.

Digitized by Google

Delikt. Aus § 823 würde nun folgen, daß entschuldbarer Irrtum über das Vorhandensein der Notrechtsvoraussetzungen die Haftpflicht beseitigte. Allein wer einen Thatbestand angenommen hat, der ihn ersatzpflichtig machen würde — § 904 Schlußsatz —, kann unmöglich wegen dieses Irrtums der Ersatzverbindlichkeit entgehen. § 904 ist daher durch den Satz zu ergänzen: Wer die Einwirkung in der irrigen Annahme vornimmt, daß die für ihre Rechtmäßigkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, ist dem anderen Teile zum Schadensersatz verpflichtet, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Es wird damit die gleiche Bestimmung, wie sie § 231 B.G.B. enthält, wenn auch nicht aus gleichem Grunde, da der rechtmäßige Selbsthilfeakt nach § 229 zum Schadensersatz nicht verpflichtet, auf den Fall des § 904 übernommen.[1])

Die Ersatzpflicht besteht insoweit nicht, als Schaden entstanden ist in Ausübung des Zwangsrechts gegen den widerstrebenden Eigentümer und durch dessen Willfährigkeit hätte vermieden werden können. Der Notleidende mußte z. B., weil der Eigentümer die Herausgabe des Schlüssels weigerte, eine Thür, ein Behältnis u. s. w. sprengen, um die rettende Sache zu erlangen. Ganz die gleiche Handlung würde in Abwesenheit des Eigentümers mit unter den Begriff der ersatzpflichtigen Einwirkung fallen. Unberechtigter Widerstand gegen den Notrechtsgebrauch, sei's in Handlungen, sei's in Unterlassungen, geschieht auf Rechnung des Duldungspflichtigen.

Daran ändert auch Verschuldung der Notlage nichts, denn sie beseitigt nicht das Notrecht.

Für den Ersatzanspruch gelten die §§ 249 bis 252 B.G.B.

Hatte der Eigentümer der Sache, auf die eingewirkt wurde die Notlage mit verschuldet oder sind bestimmte Folgen der Notstandshandlung durch sein Verschulden bedingt oder mitbedingt worden, so ist nach § 254 zu entscheiden.

Für die Verjährung normiert § 195, nicht § 852.

Zum Schadensersatze verpflichtet ist der Handelnde, auch der unzurechnungsfähige Handelnde. Denn auch der Unzurechnungsfähige hat das Notrecht.[2]) Da die Einwirkung weder Rechtsgeschäft, noch Delikt ist, so setzt die Schadensersatzfolge weder Geschäftsfähig-

[1]) Daß in den Prot. I S. 244 die analoge Anwendbarkeit des § 229 verneint wird, ist im allgemeinen durchaus zutreffend, beweist aber nichts für den Fall des Textes.

[2]) Vgl. übrigens oben S. 289 (Zweck der Gefahrabwendung in § 904 vorausgesetzt).

Digitized by Google

keit, noch Deliktsfähigkeit des Handelnden voraus und es ist auch weder die eine, noch die andere Qualität analog zu erfordern.[1]) Das Gesetz will schlechthin Schadloshaltung des Eigentümers, ob nun der Notrechtsüber zurechnungsfähig war oder nicht.

Bei fremder Gefahr haftet der Nothelfer, nicht der Errettete.[2]) Dem Eigentümer gegenüber läßt sich ein anderer Obligationsgrund nicht aufstellen als eben die Schadensverursachung und diese Kausa trifft nur für den Helfer zu.

Allerdings ist dem Geretteten ein Schaden erspart worden, den er durch eigenes Handeln nur mit der Folge der Ersatzpflicht dem Dritten gegenüber von sich abwenden konnte. Aber eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Dritten wird in dieser Rechtslage auch bei Insolvenz des Helfers nicht zu finden sein. Dem Nothilfeakt und seinen Wirkungen für die Rechtsbeziehungen der drei Beteiligten steht die volle Billigung des Rechts zur Seite. Zur Annahme einer materiell ungerechtfertigten Vermögensverschiebung und damit der Voraussetzung des § 812 (Mangel eines rechtlichen Grundes) dürften sichere Anhaltspunkte im bürgerlichen Recht nicht zu finden sein. Ist es doch anderseits ein Vorteil für den Dritten, sich an den solventen Helfer statt an den insolventen Geretteten halten zu können.[3])

Hat der Handelnde zur Abwehr oder Vermeidung eines rechtswidrigen Angriffs die Sache eines Dritten beschädigt, so ist ihm ein Regreßanspruch gegen den Angreifer zuzubilligen. Denn dieser hat die Situation geschaffen, in der es dem Angegriffenen erlaubt war, fremdes Eigentum mit der Folge der Ersatzpflicht zu verletzen.[4]) Der Angreifer haftet aus § 823. Die durch den Angriff

---

[1]) Übereinstimmend Enneccerus, Bürg. Recht I S. 60.

[2]) Übereinstimmend Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen S. 184, 185; Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 40 f., 96; Titze, Notstandsrechte S. 117; Matthiaß II S. 46; Lehmann, Bürgerl. Recht II S. 143; Dernburg, Sachenrecht § 79; Planck zu § 904 Bem. 3 b β; Kober zu § 904 Bem. 3 a.

A. A. Endemann I S. 444; Biermann zu § 904 Bem. 3; Türpen, Notstand im bürg. Recht (Diss. 1898) S. 31: der Errettete hafte nach Analogie der Enteignung, weil zu seinen Gunsten der Schaden angerichtet worden sei. Allein abgesehen davon, daß diese Analogie nicht zutrifft, will doch nicht einleuchten, weshalb dem entschädigungspflichtigen „Unternehmer" im Falle der Enteignung der Errettete und nicht vielmehr der Handelnde gleichgestellt wird.

[3]) Über Inanspruchnahme des Geretteten durch den Dritten e jure cesso, aus dem Rechte des Helfers heraus, s. unten S. 307.

[4]) Ähnlich Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen S. 234.

Digitized by Google

gesetzte Notlage ergibt die kausale Verbindung zwischen dem Thun des Angreifers und des Angegriffenen, der Beschädigung fremden Eigentums. Diese Erwägung führt weiter zu der Annahme, daß der Dritte auch direkt den Angreifer in Anspruch nehmen kann. Deliktischen Charakter hat nur die Haftung des Angreifers.

Dem Helfer, der Ersatz geleistet hat, steht unter den Voraussetzungen des § 683 B.G.B. seinerseits ein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung gegen den Geretteten zu. Diesem fallen billig die Kosten der Nothilfe zur Last.[1]) Da der Helfer in Wahrung fremden Interesses ersatzpflichtig geworden ist und nur mit der Folge der Ersatzpflicht helfen konnte, so erscheint die thatsächliche Leistung des Ersatzes als „Aufwendung" im Sinne des § 683. Es bleibt also noch zu prüfen, ob „die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn" entsprach. Daß sie im Interesse des Geschäftsherrn lag, ist bei dem Thatbestand des § 904 wohl ohne weiteres anzunehmen. Und der „mutmaßliche Wille" des Gefährdeten richtet sich — soweit eben nicht sein Verhalten das Gegenteil ergibt — doch immer auf Errettung aus der Notlage. Sonach bleibt im Grunde nur die eine Frage übrig, ob durch ausdrückliche oder konkludente Untersagung der Hilfeleistung der Ersatzanspruch des Helfers ausgeschlossen wird.

Im Eigentumsnotstande nimmt das Verbot den Regreß. Will der Eigentümer die Hilfe nicht, weil er sie für überflüssig hält oder weil ihm der drohende Verlust gleichgültig ist, so wird die rechtliche Wirksamkeit der entsprechenden Erklärung nicht zu bezweifeln sein. Wer ihm dennoch hilft, hilft ohne Regreßrecht.[2])

Das Verbot der Hilfe in Lebensgefahr dagegen wäre als Untersagung einer durch die Menschenpflicht gebotenen Handlung Verfügung contra bonos mores und würde den Regreß nicht beseitigen. Ein rechtlich nicht beachtlicher Wille kann auch bei Prüfung der Erfordernisse des § 683 nicht maßgebend sein. Hat A den B, obwohl dieser sich die Hilfe verbeten hatte, dennoch aus Lebensgefahr gerettet, so kann jener trotz des Verbots den Ersatz seiner Auf-

[1]) Über den Charakter der Nothilfe als negotiorum gestio Kohler, Menschenhilfe im Privatrecht, dogm. Jahrb. Bd. 25 S. 1 f. (s. besonders S. 43, 46 und 47, 140).

[2]) Auch in diesem Falle ist die Hilfeleistung rechtmäßig. Die Rechtsordnung muß unter den Voraussetzungen des § 904 die Erhaltung der wertvolleren Sache selbst dann wünschen, wenn diese res nullius ist. Verbot der Hilfeleistung seitens des Eigentümers kann nicht stärker wirken als Eigentumsaufgabe.

Digitized by Google

wendungen von dem Geretteten verlangen.[1]) Und eine solche Aufwendung ist auch der dem Sacheigentümer im Falle des § 904 zu zahlende Ersatz.

Rettung wider Willen braucht keineswegs Nötigung zu sein. Will sich A von dem herannahenden Schnellzug zermalmen lassen und es gelingt dem B durch Zuruf an den Lokomotivführer das rechtzeitige Anhalten des Zuges noch zu bewirken, so hat B gewiß nicht gegen den § 240 St.G.B. verstoßen. Es besteht nicht generell ein Anspruch darauf, daß sich andere des Eingreifens in eine den eigenen — vernünftigen oder unvernünftigen, guten oder schlechten — Zwecken dienliche äußere Situation enthalten. Eine solche Annahme würde eine unerträgliche Freiheitsbeschränkung für die „anderen" ergeben. Nur ein subjektives Recht auf fremdes Unterlassen kann jenen Anspruch rechtfertigen. Und die Verletzung dieses Rechts ist nicht an sich, sondern nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 240 Freiheitsdelikt.

Ob Rettung eines Menschen vor sich selbst durch gewaltsame Verhinderung des Selbstmordes als Nötigung strafbar ist[2]) oder ob zu solcher Handlungsweise eine rechtswirksame Ermächtigung besteht — kraft einer allgemeinen vom Gesetzgeber stillschweigend anerkannten Rechtsüberzeugung — mag dahingestellt bleiben. Unanfechtbar dürfte die folgende These sein: Soweit die Rettung Nötigung nicht ist, kann sie auch nicht dadurch strafbar werden, daß der Rettende dem Geretteten dabei einen Sachschaden zufügen mußte, ihm die Kleider zerrissen hat u. s. w. Wo bliebe die Vernunft im Recht, wenn nachträglich der Lebensretter auf Antrag des Geretteten wegen Sachbeschädigung bestraft werden müßte? Da § 54 St.G.B. zur Rettung des eigenen Lebens, der eigenen Körperintegrität die Verletzung fremder Güter zuläßt, so muß umsomehr die Rettung fremden Lebens unter Verletzung geringerer Güter, bloßer Sachgüter u. s. w., dieses anderen selbst unverboten sein. Auch in der Wertung des Rechts steht der altruistische Rettungsakt wahrlich nicht zurück hinter dem egoistischen. Dabei kann es auch keinen Unterschied begründen, ob der andere zu den Angehörigen des Rettenden gehört oder nicht, ob die Notlage eine verschuldete oder unverschuldete war. Diese Momente kommen nur in Betracht, wenn die Rettung des anderen durch Verletzung eines Dritten erfolgte. Der Analogieschluß aus § 54 dagegen:

[1]) A. A. Isay, Geschäftsführung nach B.G.B. S. 137.

[2]) Vgl. dazu neuestens Stern, Gerichtssaal Bd. 60 S. 448 f.

Digitized by Google

Rettung eines anderen aus Lebensgefahr unter Verletzung seines Eigentums ist unverboten, da sogar Selbsterrettung unter Schädigung fremden Gutes u. s. w. freisteht, wird durch derartige Unterscheidungen nicht berührt.

Die Nothilfe, wie sie nach dem Wortlaut und nach der Analogie des § 54 zulässig ist, setzt nicht die Zustimmung des Notleidenden voraus und darf — sicher soweit nicht die That den Charakter der Nötigung annimmt — auch gegen dessen Willen erfolgen. Sie findet ihre Legitimation in dem Interesse der Rechtsordnung an der Erhaltung des wertvolleren Gutes, nicht in den — erklärten oder präsumtiven — Wünschen des Gutsträgers. Und nicht anders steht es im Falle des § 904 B.G.B. Auch hier erscheint die Nothilfe als eine unmittelbar im Gesetz begründete, vom Willen des Gefährdeten unabhängige Befugnis.

Über die Voraussetzungen einer Geschäftsführung hingegen entscheidet nicht das Strafgesetz und die ergänzende Bestimmung des § 904, sondern die rein zivile Regelung in den §§ 677 f. B.G.B. Es ist an sich wohl denkbar, daß unverbotene Nothilfe vom Gesichtspunkte der Geschäftsführung aus unbefugte Einmischung in fremde Angelegenheiten darstellt. Der Nothilfe in Lebensgefahr aber wird selbst durch das Verbot des Geschäftsherrn nicht dieser Charakter aufgedrückt. Einer Handlung, die Nötigung nicht ist und als Rettungsakt durch die Menschenpflicht geboten erscheint, kann nicht durch das Verbot des Geretteten der zivile Effekt der Geschäftsführung im Sinne des § 683 B.G.B. genommen werden. Trotz des Verbotes normiert nicht § 678, sondern § 683.

Der Gerettete hat nicht wegen einer durch den Rettungsakt ihm zugefügten Sachbeschädigung einen Ersatzanspruch gegen den Helfer, vielmehr kann dieser Erstattung seiner Aufwendungen von jenem verlangen.

Erhebliche Leibesgefahr bedingt die gleiche Entscheidung.

Will hingegen A eine geringfügige Körperverletzung lieber hinnehmen, als die pekuniären Folgen einer Sachbeschädigung, so dürfte unter diesen Umständen das Verbot der Hilfeleistung nicht contra bonos mores gehen. Der Regreß wäre dann zu versagen. Da sich aber, wie früher schon hervorgehoben,[1]) das Maß drohender Körperverletzung nur sehr schwer vorausberechnen läßt, so wird der Richter den Regreßanspruch nur dann abweisen, wenn es nach den

[1]) Vgl. oben S. 291.

Digitized by Google

Umständen des Falles mit großer Wahrscheinlichkeit bei geringer Verletzung bewendet hätte.

Fehlt's an den Voraussetzungen des Nothilferechts, zerstört z. B. A eine wertvolle Sache des C, um eine geringwertige Sache des B zu retten, so besteht Regreßrecht nie. Hat B dazu aufgefordert, so haften beide dem C als Gesamtschuldner aus § 823.

Den Regreßanspruch des Helfers gegen den Geretteten kann der Eigentümer der beschädigten Sache zu seiner Befriedigung heranziehen und so indirekt gegen den Geretteten selbst vorgehen. Der Befreiungsanspruch des § 257 B.G.B. ist auf Verbindlichkeiten mit zu beziehen, die kraft Gesetzes entstanden sind, und die Zwangsüberweisung dieses Anspruchs an den Geretteten erscheint unbedenklich. Die ratio juris fordert, den Anspruch des einen Teils auf Befreiung von der Verbindlichkeit, des anderen Teils auf deren Erfüllung in dieser Weise in Verbindung zu setzen. § 829 C.P.O. ist analog anwendbar.

11. Ein Fehler im Gesetze ist's, daß der Eigentümer der zerstörten Sache auch dann vollen Ersatz zu beanspruchen hat, wenn diese selbst gefährdet war. Denn es kann hiernach kommen, daß dem Eigentümer der ebenso oder noch mehr gefährdeten Sache voller Ersatz wird, während der Eigentümer der gleich oder mindergefährdeten Sache nur um diesen Preis sie sich erhalten konnte. Der Fehler wird abgeschwächt, nicht beseitigt durch das Erfordernis unverhältnismäßigen Überwiegens des drohenden Schadens über den aus der Einwirkung entstehenden: ein Erfordernis, das übrigens, wie sich alsbald zeigen wird, unter Umständen selbst einen Fehler enthält. Wäre nicht richtiger gewesen, den entstandenen Schaden auf die gerettete und die zerstörte Sache, die ja beide gefährdet waren, nach Verhältnis der Sachwerte zu verteilen? dem Eigentümer der zerstörten Sache nur für den überschießenden Schadensbetrag einen Ersatzanspruch zu geben? Hätte nicht die Analogie der lex Rhodia de jactu, des § 716 H.G.B. (§ 85 Binn.Schiff.Ges.) nahe gelegen? [1])

---

[1]) Die Fälle der lex Rhodia de jactu u. s. w. liegen allerdings insofern anders, als dabei keine der gefährdeten Sachen der anderen gegenüber als gefahrvermittelnd erscheint. Aber überall, wo eine Gefahrgemeinschaft besteht, sollte, wenn durch erlaubte oder doch unverbotene Zerstörung des einen Gutes die übrigen errettet werden, der Schaden auf die Beteiligten pro rata verteilt werden.

Mit der Verschiedenheit des Thatbestandes in der lex Rhodia und im Texte

Digitized by Google

In einer Beziehung bedarf § 904 unbedingt der einschränkenden Auslegung: wenn nämlich die zerstörte Sache jedenfalls dem Untergange verfallen war — auch ohne die Notstandshandlung —, die gerettete aber gerade dadurch sich erhalten konnte und erhalten hat, daß ihr Inhaber selbst den Anstoß gab zur Vernichtung der anderen, für diese dem Schicksal vorgriff, ihre Zerstörung beschleunigte.[1]) Es hätte z. B. ein Brand zweifellos das anstoßende

hängt es zusammen, daß es dort — beim Seewurfe — gleichgültig ist, ob fremde oder eigene Sachen zur Rettung der übrigen zerstört wurden (l. 5 § 1 D. h. t. u. s. w.), während hier das Notrecht nur geht auf Zerstörung der fremden gefahrvermittelnden Sache.

[1]) Rud. Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen S. 47 verneint in solchem Falle Notstand, weil es an einer Interessenkollision in Wahrheit fehle.

Merkels Charakterisierung dieser Notlagen: zwei Interessen müssen zu Grunde gehen, wenn nicht eines gerettet wird — ist übrigens nicht gelungen, denn sie gibt das entscheidende Moment nicht an und führt, wie auch die Beispiele S. 48 zeigen, zur Gleichbehandlung wesentlich verschiedener Fälle. „Wenn von den durch ein Seil verbundenen Bergsteigern der eine stürzt, und der andere, unfähig ihn zu halten, das Seil abschneidet, um nicht mitzustürzen," so stand hier für das zerstörte Gut der Untergang allerdings von vornherein fest, während das gerettete durch die Vernichtung des ohnehin verlorenen sich erhalten konnte. Ganz anders ist die Situation der beiden Schiffbrüchigen auf dem Brette (Merkel S. 48 Anm. 1): hier liegt wirkliche Interessenkollision vor. Freilich wären ohne das Herabstoßen des einen beide zu Grunde gegangen, aber jedes der beiden Güter, das zerstörte, wie das erhaltene, konnte sich retten auf Kosten des anderen. Und die Interessen hätten nicht „kollidiert"?

In den gleichen Fehler, wie Merkel, war bereits Hälschner, deutsch. Strafrecht I S. 491 Anm. 1 verfallen.

Von „Interessenkollision" wird in der Notstandslitteratur, ohne daß man sich darüber recht im Klaren ist, in doppeltem Sinne gesprochen: von zwei gleichmäßig gefährdeten, in Not befindlichen Interessen vermag sich das eine zu erhalten auf Kosten des anderen; nur ein Interesse ist in Not, der Schaden kann aber auf ein nicht mitgefährdetes neutrales Interesse abgelenkt werden. Im Grunde enthält nur der erste Fall eine wahre, mit der Notlage gegebene Kollision der Interessen; im zweiten treten sie erst dadurch in Beziehung zu einander, daß der Notleidende den Selbstschutz erwägt und beschließt auf Kosten des unbeteiligten Nächsten. Und gerade den ersten Fall will Merkel aus dem Gebiete der Interessenkollision und damit des Notstandes ausschließen. Denn die entsprechende Einschränkung des Notstandsbegriffs ist Vorbedingung für die Durchführung seiner Grundidee, wonach jede nicht durch das Prinzip des „überwiegenden Interesses" gerechtfertigte Notstandshandlung rechtswidrig sein würde. Merkel verneint S. 48 für die Fälle der ersten Art mit vollem Rechte die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung, aber das Prinzip des „überwiegenden Interesses" versagt bei Gleichwertigkeit der Interessen. Es ist eben dieses von M. allzu energisch betonte Prinzip nur ein möglicher, keineswegs der alleinige Grund für den Wegfall der Rechtswidrigkeit.

Digitized by Google

Haus mit ergriffen, wäre es nicht niedergerissen worden, um das dritte, vierte u. s. w. Haus zu retten.[1]) Das Prinzip des § 904 würde hier dahin führen, daß im Ergebnis die Eigentümer der geretteten Häuser den Schaden hätten, der Eigentümer des zerstörten von Schaden frei bliebe, obwohl er ohne die „schädigende" (ihm vielmehr sehr nützliche) Einwirkung den gleichen Verlust und keinen Ersatzanspruch gehabt hätte.

Daß der Ausschluß des Ersatzes nur bei Gewißheit des Untergangs begründet ist, in dubio die gefahrvermittelnde Sache nur als mitgefährdet gelten kann, versteht sich. Indem aber das Gesetz an Zerstörung der nur mitgefährdeten Sache volle Ersatzpflicht knüpft, statt Schadensverteilung eintreten zu lassen, wird der Unterschied von Gewißheit und Wahrscheinlichkeit anderweiten Sachverlustes allzu stark accentuiert.

Sehr auffällig ist, daß die bürgerlichrechtliche Litteratur Ersatzpflicht in den Fällen des § 904 stets, ohne Ausnahme annimmt.

Die Zerstörung der gefahrdrohenden, ohnehin dem Untergange geweihten Sache begründet nach § 228 — von Verschuldung der Situation abgesehen — niemals Ersatzpflicht. Es fehlt aber an jedem stichhaltigen Grund, die Zerstörung der gefahrvermittelnden Sache in gleichem Falle für ersatzpflichtig zu erklären.

Für den Ausschluß des Ersatzes spricht auch die Regelung der Ersatzleistungen im § 249 B.G.B. Danach gilt Gelderſatz als Äquivalent der Naturalrestitution. Und welchen Wert hätte diese? Sie würde doch nur ein den Flammen rettungslos preisgegebenes Haus u. s. w. ergeben, also für den Gläubiger gar keinen Wert haben. Wie könnte einer solchen hypothetischen Wiederherstellung substituiert werden der Geldbetrag, den das ungefährdete Haus u. s. w. repräsentieren würde?

Anders ist natürlich dann zu entscheiden, wenn der Notrechtsüber die Gefahr und damit auch die Notrechtsübung verschuldet, z. B. einen Brand vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hatte. Dann haftet er ex delicto für die Folgen des Brandes, zu denen auch

---

[1]) l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24: nullam injuriam aut damnum dare videtur „aeque perituris aedibus"; analog l. 10 § 1 D. de lege Rhod. 14, 2.

Vgl. auch R.O.H.G. Bd. 17 S. 189 f.: die Aufgabe ohnehin verlorenen Gutes gehört nicht zur großen Haverei.

Für einen analogen Fall gelangt Stammler, Lehre vom richtigen Rechte S. 561 zu dem Ergebnis, daß, wenn jede Möglichkeit der Wiedererlangung eines Gegenstandes ausgeschlossen sei, das Eigentum daran als erloschen gelten müsse.

Digitized by Google

gehört die nach § 904 nicht ersatzpflichtige Notrechtsübung. Die Deliktshaftung ergreift also diese Notrechtsübung mit.[1])

Von Interesse ist es, mit den Entscheidungen des B.G.B. in den §§ 228, 904 die Aussprüche der römischen Juristen zu vergleichen. Es kommen besonders in Betracht l. 49 § 1 D. ad leg. Aq. 9, 2; l. 3 § 7 D. de incendio 47, 9; l. 7 § 4 D. q. vi aut clam 43, 24.

In der ersten Stelle berichtet Ulpian eine Ansicht des Celsus: Quod dicitur damnum injuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit, nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit; nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem, justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit, et sive pervenit ignis, sive ante exstinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare. In der letzteren Unterscheidung „sive pervenit ignis" u. s. w. tritt deutlich der Gegensatz der gefahrdrohenden und gefahrvermittelnden Sache hervor. Aber es wird kein Gewicht darauf gelegt, Ersatzanspruch in beiden Fällen versagt. Das B.G.B. würde die Zerstörung des Zwischenhauses, wenn das Feuer nicht bis zu ihm vorgedrungen war, dem § 904 subsumieren, also Ersatzanspruch gewähren, im anderen Falle in Anwendung des § 228 den Anspruch abschneiden. Das Richtige aber dürfte sein, im ersteren Falle der Gefahrgemeinschaft Rechnung zu tragen und den Schaden auf das zerstörte und das gerettete Haus zu verteilen, es müßte denn feststehen, daß das zerstörte Haus ohnehin durch das Feuer zu Grunde gegangen wäre; unter dieser letzteren Voraussetzung ist Schadensersatz überhaupt nicht am Platze.

Die gleiche Anschauung, wieder im Anschluß an Celsus, vertritt Ulpian in l. 3 § 7 cit.: Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo malo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae judicium in me dandum? quum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo: puto igitur non esse

[1]) War die Gefahr vorsätzlich herbeigeführt zwecks Erlangung eines Notrechts, vgl. oben S. 298 unter 6, so kommt der Erwartung des Thäters zuwider ein Notrecht nicht zu stande und die Haftung ist einfach deliktisch.

Digitized by Google

verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, quum alias non posset; et ita Celsus scribit. Weshalb Labeo, der doch nach dem Referat in l. 29 § 3 D. ad leg. Aq. 9, 2 in Notstandsfällen die lex Aquilia ausschließt, beim Thatbestande der l. 3 § 7 die Klage aus dem Edikt (vgl. l. 1 pr. de incend.) gibt, mag dahingestellt bleiben.[1]) Jedenfalls verneinen alle drei Juristen, Labeo, Celsus und Ulpian, für den Fall der l. 3 § 7 die aquilische Klage. Und diese Entscheidung gilt allgemein, „si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim," ohne daß die Alternative der l. 49 § 1, also die Unterscheidung von gefahrdrohender und gefahrvermittelnder Sache auch nur angedeutet wird.

Besonders wertvoll ist die dritte Stelle, weil hier eine Ansicht des Servius mitgeteilt wird, die entscheidendes Gewicht darauf legt, ob das incendii arcendi causa zerstörte Nachbarhaus ohnehin verloren war oder nicht. Servius hält das interdictum quod vi aut clam und die actio legis Aquiliae für zulässig, wenn nicht „ignis usque eo pervenisset"; anders stehe es, „si pervenisset", dann versage das Interdikt: idem ait esse, si damni injuria actum foret, quoniam nullam injuriam aut damnum dare videretur aeque perituris aedibus.[2]) Ein Haus, das vom Feuer mitergriffen ist, zu identifizieren mit einem schlechthin verlorenen Hause, ist gewiß nicht immer zutreffend. Aber es kommt darauf und auf die irrtümliche Gewährung von Interdikt und Klage durch Servius nicht an. Nur durch diesen Irrtum wurde möglich das schlagende Argument mit dem der Ersatzanspruch ausgeschlossen wird „aeque perituris aedibus". Und es ist zu bedauern, daß diese treffende Erwägung im § 904 B.G.B. nicht ausdrücklich verwertet worden ist, vielmehr dem Wortlaute nach unterschiedslos Ersatzpflicht auferlegt wird, mochte die zerstörte mitgefährdete Sache dem Untergange ohnehin geweiht sein oder nicht.

Hat A die Substanz eines rettungslos verlorenen Hauses ohne Not, aus bloßem Mutwillen, verletzt, durch Einschlagen von Fenster-

[1]) Erklärungsversuche bei Binding, Normen II S. 294; Pernice, Labeo II 2. Aufl. S. 68, 69 (vgl. auch Sachbeschädigung S. 38, 39); v. Tuhr, Notstand im Zivilrecht S. 64 (das Edikt habe beim damnum dolus malus nicht ausdrücklich gefordert).

[2]) Vgl. dazu v. Löhr, Theorie der culpa S. 95 f.; v. Tuhr, Notstand im Zivilrecht S. 61 f.

Digitized by Google

scheiden z. B., so liegt kein Grund vor, die strafrechtliche Haftung wegen Sachbeschädigung zu verneinen.[1]) Die beschädigte Sache war immer noch taugliches Objekt. Auch kriminalpolitisch wäre die Annahme der Straflosigkeit sehr bedenklich. Die zivilrechtliche Haftung des A aber hängt vom Nachweise eines entstandenen Vermögensschadens ab. An einem solchen fehlt es, wenn das Haus gegen Feuersgefahr nicht versichert war. Im gegenteiligen Falle könnte unter Umständen die Versicherungsgesellschaft den Einwand erheben, daß das Haus zum Teil nicht durch Feuer, sondern durch rechtswidrige Handlung des A zerstört worden sei, eventuell auch, wenn sie ohne Abzug gezahlt hätte, Regreß an den A nehmen. Ist dem noch intakten Hause des B durch A ein Schaden schuldhaft zugefügt worden, durch Zertrümmerung von Fensterscheiben u. s. w., das Haus tags darauf bis auf den Grund abgebrannt und demnächst B durch die Versicherungssumme voll entschädigt worden, so kann nicht davon die Rede sein, daß der angerichtete Schaden durch den Untergang der beschädigten Sache „konsumiert" worden sei: die Schadensersatzforderung des B ist nicht mit verbrannt, die Versicherungsgesellschaft hat in der Versicherungssumme die von A zerstörten Fensterscheiben mit bezahlt und kann sich, wenn sie es der Mühe wert hält — was bei umfangreicheren Devastationen des Hauses sicher der Fall sein würde, — deshalb an A halten.[2]) Immer ist die Versicherungsgesellschaft zur Zahlung nur solcher

---

[1]) Noch viel weniger könnte die Tötung des Todeskandidaten oder schon Sterbenden als straflos gelten.

Fraglich kann nur sein, ob das ärztliche Berufsrecht erlaubt bei ohnehin gewissem Tode schmerzstillende Mittel anzuwenden, die den Tod beschleunigen.

[2]) Gegenteilige Anschauungen entwickelt Isay, Dogm. Jahrb. Bd. 39 S. 310 f. Er meint die Schadensersatzpflicht entfalle, wenn der Schaden durch ein anderes Ereignis „konsumiert" worden sei. Als Beispiel dient ihm der Fall, daß heute in einem Hause Fensterscheiben zerbrochen werden und morgen das ganze Haus niederbrennt; hier könne nur ein Ersatzanspruch an die Feuerversicherung erhoben werden. Nun wird die Versicherungsgesellschaft auf eine unerhebliche Beschädigung des Hauses vor dem Brande gewiß nicht Gewicht legen. Mit Zahlung der Versicherungssumme wird daher die Schädigung thatsächlich erledigt, aber keineswegs „juristisch konsumiert". Ist ein mit 20000 versichertes Haus heute durch einen Pöbelhaufen so demoliert worden, daß es nur noch 10000 wert ist, und es brennt nun morgen nieder, so fällt es der Versicherungsgesellschaft gewiß nicht ein, dafür 20000 zu zahlen.

l. 27 § 2 D. de R. V. 6, 1, auf die sich Isay beruft, sagt bestimmt das Gegenteil: legis Aquiliae actio durat.

Digitized by Google

Schäden verpflichtet, die mit Brand im Kausalzusammenhang stehen.

Dieser Nexus aber liegt vor, wenn der Brand ein Notrecht des Nachbarn zur Zerstörung ausgelöst hat und davon wirklich Gebrauch gemacht worden ist. Folglich erleidet der Eigentümer des zerstörten Hauses durch die „Einwirkung" Schaden nicht, mochte er sich gegen Feuer versichert haben oder nicht. Die Versicherungssumme wird ihm nicht entzogen. Es müßte denn im Versicherungsvertrage dieser Fall des Untergangs ausgeschlossen worden sein. Aber eine derartige Versicherungsbedingung können die Versicherungsgesellschaften thatsächlich gar nicht stellen, wenn das Gesetz den Notrechtsüber von der Ersatzpflicht entbindet. Und sonach bildet es keinen Gegengrund gegen diese Befreiung, daß ein ohnehin verlorenes, aber versichertes Haus nicht äquivalentlos zu Grunde gegangen wäre.

In dieser Verbindung drängt sich schließlich eine weitergehende Erwägung auf. Ist's nicht verkehrt, daß bei Gefährdung zweier Sachen die mitgefährdete gefahrvermittelnde Sache nur zerstört werden darf, wenn sie den geringeren Wert repräsentiert, andernfalls beide Sachen zu Grunde gehen müssen?[1]) Denn die Zerstörung der höherwertigen Sache wäre ja als Sachbeschädigung strafbar.

Wird eine Reihe annähernd gleichwertiger, gefahrvermittelnder und zugleich gefährdeter Sachen, wie es z. B. bei einer Häuserlinie zutreffen kann, oder eine von der Gefahrquelle an absteigende Wertskala solcher Sachen — wiederum bei der Häuserreihe denkbar — vorgestellt, so kommt modifizierend in Betracht, daß die Zerstörung der gleich- oder höherwertigen Sache zugleich Nothilfeakt ist.

Soweit gemeine Gefahr vorliegt, ist die drohende Gefahr immer die weitaus größere und es wäre daher die Zerstörung der gefahrvermittelnden Sachen auch nach § 904 begründet. Indessen sind sicherheitspolizeiliche Maßnahmen (das Einreißen eines Hauses bei einer Feuersbrunst durch die Feuerwehr u. s. w.) überhaupt nicht dem § 904 zu subsumieren.[2]) Über die Zulässigkeit solcher Eingriffe entscheidet vielmehr das öffentliche Recht (vgl. Art. 55, 77, 109 E.G. z. B.G.B.). Ersatzansprüche der Betroffenen sind landesrechtlich, nicht reichsrechtlich zu beurteilen. § 904 bietet kein

---

[1]) Offenbar hat hier Merkels Prinzip des überwiegenden Interesses schädlich gewirkt. Es paßt eben nicht, wenn von zwei gemeinsam gefährdeten Sachen die eine die gefahrvermittelnde ist.

[2]) A. A. Dernburg, Schuldverhältnisse S. 668.

Digitized by Google

Hindernis, eine gerechte Schadensverteilung eintreten zu lassen, für die gemeinrechtlich die Analogie der lex Rhodia [1]) spricht.

Die Vergleichung der §§ 228 und 904 lehrt, daß im ersteren Falle die Einwirkung auf fremde Sache — in Ermangelung einer Ersatzpflicht — dem Notleidenden nur Vorteil bringt, die Erhaltung des eigenen Gutes, im zweiten dagegen die Einwirkung den Handelnden mit der Ersatzpflicht belastet. Fehler des Gesetzes liegen darin, daß bei § 228 die Beschädigung auch von gefahrvermittelnden Teilen der fremden Sache wie Beschädigung gefahrdrohender Sachen behandelt wird und also ersatzfrei geschieht, während § 904 nicht unterscheidet, ob die fremde Sache mitgefährdet war oder nicht volle Ersatzpflicht auch auferlegt in den Fällen der Gefahrgemeinschaft. In ersterer Beziehung hätte das Gesetz dem freien richterlichen Ermessen überlassen sollen, nach Billigkeit zwischen gefahrdrohenden und gefahrvermittelnden Sachteilen zu scheiden, in der zweiten Hinsicht erforderte die Gefahrgemeinschaft besondere Berücksichtigung durch Schadensverteilung an Stelle voller Schadenstragung.

Es kann nun kommen, daß zur Abwendung der Gefahr Einwirkungen auf die gefahrdrohende und eine anderweite fremde Sache zur Wahl stehen. Hier muß die geringere Schadensstiftung den Vorzug haben. Ist hiernach die Einwirkung auf die nicht gefahrdrohende Sache eines Dritten geboten, so kann der Handelnde, der dem Dritten ersatzpflichtig wird, Regreß nehmen an den Eigentümer der gefahrdrohenden Sache, denn er hat diesem einen größeren nicht ersatzpflichtigen Schaden erspart.

In dem besonderen Falle, daß die fremde Sache, auf die gemäß § 904 einzuwirken wäre, dem Besitzer zur Abwendung eigener Not unentbehrlich ist, so daß, wenn nicht er, sondern der Gegner sie in Händen hätte, ihm Einwirkung nach § 904 an sich freistände, haben nicht beide Teile Notrecht und folglich zugleich Notwehrrecht gegen einander, sondern es gilt: melior est conditio possidentis. Nur der Besitzer hat gegen den anderen Notwehrrecht. Diesem steht nicht ein Notrecht, wohl aber unter den Voraussetzungen des § 54 St.G.B. unverbotene Notstandseinwirkung zu. Beispiel: Von zwei Personen auf sinkendem Schiffe hat nur die eine einen Rettungsgürtel.

[1]) Nicht nur diese. Den Bestand eines Ersatzanspruches nach Landesrecht unterstellt können für den Umfang der Ersatzpflicht auch reichsrechtliche Analogien (Haverei, Geschäftsführung ohne Auftrag u. s. w.) verwertet werden. Eine nähere Untersuchung wäre am Platze.

Digitized by Google

Besitzt bei Gefahr für Leib oder Leben von zwei Notleidenden einer die zur Kehrung der Not erforderliche Sache, so entscheidet in ihrem Streite darum das „Recht" des Stärkeren.

12. Das B.G.B. trifft über den Notstand nur insofern Bestimmungen, als es sich um Einwirkungen auf fremde Sachen, gefahrdrohende und andere, handelt. Abzulehnen ist die Schlußfolgerung der Zivilisten, daß anderweiter Notstand zivilrechtlich nicht berücksichtigt werden könne, die Notstandshandlung vielmehr nach § 823 zu beurteilen sei.[1]) Dabei wird in eklatanter Weise ein Handeln ohne subjektive Berechtigung mit verbotenem Thun verwechselt. Delikt kann nur sein die verbotene Handlung. Die „widerrechtliche" Verletzung des § 823 ist die gegen das objektive Recht verstoßende, nicht die ohne subjektives Recht vorgenommene Verletzung. Wenn nur die §§ 228, 904 B.G.B. Notrechte geben,[2]) so sind nicht deshalb anderweite Notstandsverletzungen verboten, „widerrechtlich". Soweit § 54 St.G.B. Notstandshandlungen zuläßt, fehlt die „Widerrechtlichkeit".[3]) Eine Handlung kann nur entweder unverboten oder verboten, nicht strafrechtlich unverboten, zivilrechtlich verboten sein und unverbotene Handlungen sind nicht Quelle von Deliktsansprüchen. Notstandsverletzung ohne Notrecht gibt dem Betroffenen Notwehrrecht, aber eine Verantwortlichkeit des Verletzenden aus § 823 ist in den Grenzen des § 54 St.G.B. sowenig vorhanden als strafrechtliche Haftung. Der § 823 erfordert Schuld und wie könnte eine unverbotene Handlung schuldhaft sein? Putativnotwehr ohne culpa macht zweifellos nicht ersatzpflichtig. Und bei wirklichem Notstande wäre, von den Thatbeständen der §§ 228, 904 abgesehen, Ersatzpflicht immer vorhanden? In den Notstandsfällen des B.G.B. tritt auch bei verschuldetem Notstande die Ersatzpflicht nicht als

[1]) Soll dabei auch die Erweiterung der Schadenshaftung nach § 847 Abs. 1 gelten? Diese ist bei einem unverbotenen Notstandsakte doch wohl sicher zu verneinen, nur bei verbotener Handlung am Platze. Man bedenke nur die Natur des gleichgestellten Deliktsanspruchs nach Abs. 2 des § 847.

[2]) H. Meyer, Lehrbuch S. 284 und v. Liszt, Lehrbuch § 34 nehmen auch für § 54 St.G.B. ein Notrecht an. Allein wer soll diesem Rechte verfangen sein? Der andere Teil hat nicht die Duldungspflicht und, wenn er sie nicht hat, besteht dann ihm gegenüber ein Recht?

Die Annahme eines solchen generellen Notrechts ist die Umkehrung der im Texte bekämpften Lehre: Statuierung einer Ersatzpflicht bei allen nicht unter die §§ 228, 904 fallenden Notstandsverletzungen, weil sie Delikte seien. Die erstere Ansicht bejaht fälschlich die Rechtmäßigkeit, die letztere ignoriert das Unverbotensein der fraglichen Handlungen.

[3]) Vgl. auch Hold u. Ferneck, Rechtswidrigkeit I S. 338.

Digitized by Google

Deliktsfolge ein. Und bei unverschuldetem anderweiten Notstande sollte als Deliktsfolge Ersatzpflicht anzunehmen sein?

Ein spezieller Gegengrund ergibt sich für Nötigungsfälle (§ 52 St.G.B.). Wer annimmt, daß die That des Genötigten, also hier die Verletzung fremder persönlicher Güter in einem durch Drohungen eines Dritten mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben u. s. w. erzeugten Notstande, zivile Deliktshaftung begründe,[1]) gerät bei der Beurteilung des Nötigers in vollen Widerspruch zum Strafrecht. Er muß den Nötiger zivilrechtlich in einen Anstifter umdeuten, obwohl dieser strafrechtlich Thäter ist, da der Genötigte nicht eine strafbare Handlung begangen, vielmehr Unverbotenes gethan hat. Auf die gesamtschuldnerische Haftung beider, §§ 830, 840 B.G.B., wäre dann § 426 anzuwenden! Nötiger und Genötigter würden im Verhältnis zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet sein! An dieser Konsequenz zeigt sich klar, wie verkehrt die Annahme ist, es könne dieselbe Handlung strafrechtlich unverboten und zivilrechtlich Delikt sein.

Aber ist's nicht unbillig und widerspruchsvoll, Schadensersatzpflicht bei Verletzung persönlicher Rechtsgüter zu verneinen, während sie doch bei Sachbeschädigungen eintritt? Der Einwand ist Kritik des Gesetzes, nicht der hier vertretenen Gesetzesauslegung. Um die Unbilligkeit zu beseitigen, darf nicht eine unverbotene Handlung zum Delikt gestempelt werden.

Die Belastung des Handelnden mit dem ganzen Schaden bei Zerstörung der mitgefährdeten Sache wurde als Fehler des Gesetzes erkannt. Der gleiche Fehler würde in logischer Konsequenz der Deliktshaftung eintreten, wenn mehrere persönliche Güter — die beiden Schiffbrüchigen auf dem Brette! — gefährdet waren und das eine sich durch Vernichtung des anderen erhalten hat. Es ist aber doch ein handgreiflicher Unterschied, ob ein mitgefährdetes oder ein rein neutrales Gut geopfert wurde. Im ersteren Fall wären — natürlich wirkliche, nicht nur eingebildete Not vorausgesetzt! — ohne die Vernichtung des einen die beiden Güter zu Grunde gegangen. Weise Gesetzgebung darf hier nicht dem Träger des erhaltenen Gutes den ganzen Schaden aufbürden. Nach dem Vorgange der lex Rhodia ist auch bei solchem Notstande eine ge-

---

[1]) Vgl. dagegen l. 7 § 1 D. q. falso tut. 27, 6; l. 16 § 1 D. de lib. causa 40, 12.

Sollte wirklich dem B.G.B. ein solcher Rückschritt zur Last fallen?

Digitized by Google

rechte Schadensverteilung anzustreben. Deliktshaftung führt zu falschen Ergebnissen. Das Zivilrecht muß in Notstandsfällen die beteiligten persönlichen Güter nach ihrem ökonomischen Werte einschätzen. Wird dieser für jedes der beiden gefährdeten Güter auf 10000 angenommen, so wäre ohne die Notstandshandlung ein Schaden von 20000 entstanden. Ist's nun gerecht, den Träger des geretteten Gutes auf volle 10000 haften zu lassen? Würde nicht das Haftungsmaß von 5000 weit richtiger sein?

Die Zerstörungshandlung ist, das Bestehen einer Ersatzpflicht angenommen, auch im Hinblick auf das zerstörte Gut zugleich Erhaltungshandlung, mag der Handelnde an diese Erhaltung mit gedacht, sie mitbezweckt haben oder nicht. Denn andernfalls, bei Passivität beider Beteiligten, wäre das zerstörte Gut kasuell, also auch seinem ökonomischen Werte nach, zu Grunde gegangen. Und diese erhaltende Funktion der That spricht gegen ihre Belastung mit dem vollen Ersatze. Sonach liegt der billige Ausgleich in der Verteilung des entstandenen Schadens auf das zerstörte und gerettete Gut nach Verhältnis der ökonomischen Werte. Der Handelnde hat, mag ihn auch ein rein egoistisches Motiv geleitet haben, nicht nur sich selbst, sondern auch dem zerstörten Gut einen Wert erhalten.

Indessen die weitere Entwicklung dieser Ideen gehört nicht hierher. Nur eine Anregung sollte gegeben werden. Volle Schadenshaftung, aber nicht ex delicto, bei Zerstörung des neutralen persönlichen Gutes, wie schon jetzt bei Sachgutsverletzung, Schadensverteilung nach dem Werte der (persönlichen oder sachlichen) Güter bei Vernichtung des mitgefährdeten Gutes, keinerlei Haftung, wenn das zerstörte (persönliche oder sachliche) Gut ohnehin verloren war: dieses Prinzip wird zu beherzigen sein beim weiteren Ausbau unseres Notstandsrechts.

Digitized by Google

XVI.

Die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuche in den Jahren 1900 und 1901.

Von

Oberamtsrichter **Bunsen.**

V.

Erbrecht.

Das bisherige gesetzliche Erbrecht unehelicher Kinder ist beseitigt. E.G. A. 208, 213.

1. Vor dem 1. Jan. 1900 ist A. als unehelicher Vater des B verurteilt, demselben Unterhalt zu gewähren, auch ist durch dasselbe Urteil erkannt, daß dem Kinde das gesetzliche Erbrecht an dem Nachlasse des A zuzusprechen ist. A ist 1901 nach Errichtung eines Testamentes gestorben. B hat beantragt, ihm als gesetzlichen Erben des A einen Erbschein zu erteilen. Der Antrag ist abgelehnt, da das bisherige gesetzliche Erbrecht unehelicher Kinder durch das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt sei, damit auch der rechtskräftige Ausspruch in dem oben bezeichneten Urteile mit dem 1. Jan. 1900 gegenstandslos geworden sei. Auch sei durch das den Gesamtnachlaß verteilende formgerechte Testament des Erblassers die gesetzliche Erbfolge beseitigt.

Kammerger., B. v. 22. April 1901, R.O. III Nr. 31 e.

Erbrecht von Seitenverwandten, welche von einem unehelich geborenen Abkömmling einer vorverstorbenen Schwesterabstammen. § 1925 (§ 1589) u. E.G. A. 208.

2. Der am 20. August 1900 verstorbene Erblasser hat als nächste Verwandte fünf eheliche vollbürtige Geschwister und die Enkel einer gleichen, schon 1875 verstorbenen Schwester hinterlassen. Die Enkel sind die ehelichen Kinder eines 1880 verstorbenen unehelichen Sohnes der genannten Schwester. Das gesetzliche Erbrecht dieser Kinder des vorverstorbenen unehelichen Sohnes der vorverstorbenen Schwester des Erblassers (B.G.B. § 1925, E.G. A. 208

Digitized by Google

Abs. 1) ist bestritten, weil der Vater unehelich geboren und vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches gestorben, für das Verhältnis seiner Kinder zu der Familie seiner Mutter daher das alte Recht (Pr.A.L.R. II, 2 §§ 639, 660) maßgebend sei. Dieser Einwand ist verworfen, weil der Verwandtschaftsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 1589) von dessen Inkrafttreten an für alle Personen, zwischen denen die nach der Vorschrift des Gesetzbuches die Verwandtschaft begründende Blutsgemeinschaft besteht, gelte ohne Unterschied, ob die Personen, durch die das Verwandtschaftsverhältnis vermittelt wird, vor oder nach dem 1. Jan. 1900 verstorben sind. Von einem Eingriffe in erworbene Rechte der Erben, deren Verwandtschaft nicht durch uneheliche Geburt der Mittelsperson vermittelt wird, kann keine Rede sein, da das Erbrecht erst mit dem Tode des Erblassers entsteht.

Bayerisches Oberstes Landesger., B. v. 15. Nov. 1900. R.O. II Nr. 13a; S.A. Bd. 56 Nr. 129.

3. Eine Erblasserin ist ohne Hinterlassung von Abkömmlingen, § 1926.
Eltern und Abkömmlingen von Eltern gestorben. Ein gemeinschaftlicher Erbschein ist auf Antrag einiger Abkömmlinge von Großeltern für alle Abkömmlinge der Großeltern erteilt, da die Großeltern sämtlich den Erbfall nicht erlebt haben. Dem Antrag auf Einziehung des Erbscheins, welcher damit begründet ist, daß im Falle von den Urgroßeltern selbst niemand den Erbfall erlebt hat, die dritte Klasse überhaupt nicht berufen werde, sondern, da auch von den Großeltern niemand lebt, aus der vierten Klasse nur die dem Grade nach näheren Seitenverwandten, im gegenwärtigen Falle die 11 Kinder von den Geschwistern des Vaters oder der Mutter der Erblasserin, die übrigen Abkömmlinge der Großeltern nicht, ist in allen Instanzen zurückgewiesen. Bayerisches O.L.G., B. vom 22. Septbr. 1900. E.B.O.L.G.[1]) Bd. 1 S. 440. RO. Bd. II S. 515 Nr. 25; S.A. Bd. 56 Nr. 52.

4. Die Vorinstanzen erachten die Voraussetzungen des § 1961 §§ 1960, 1961.
B.G.B. für die Bestellung eines Nachlaßpflegers deshalb nicht gegeben, weil der Pfleger zur Erteilung der Auflassung des auf den Namen des Erblassers eingetragenen Grundstücks und erst im Weigerungsfalle zur Vertretung des Nachlasses in dem gegen ihn anzustrengenden Prozesse bestellt werden soll. Der Beschwerdeführer verlangt jedoch die Bestellung des Pflegers, um den ihm

[1]) E.B.O.L.G. = Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen. Erlangen bei Palm & Enke.

Digitized by Google

aus einem mit dem Erblasser abgeschlossenen Vertrage zustehenden Anspruch auf Auflassung zu verfolgen, nötigenfalls im Wege der Klage. In dieser Weise wird aber regelmäßig der Anspruch zu erheben sein; der Gläubiger erhebt einen Anspruch und will ihn bis zur Befriedigung verfolgen; ob es zur Inanspruchnahme des Prozeßgerichts kommen wird, kann der Gläubiger mit Sicherheit nie voraussehen, denn der bestellte Nachlaßpfleger kann den Anspruch anerkennen. — — — Der § 1961 ist gerade im Interesse der Nachlaßgläubiger gegeben, die durch den eingetretenen Tod ihres Schuldners kein Hemmnis in der Geltendmachung ihrer Rechte erleiden sollen. — — — Da vor Annahme der Erbschaft gegen den Erben ein Anspruch nicht geltend gemacht werden kann, so soll zur Beseitigung dieses für den Gläubiger unverkennbaren Übelstandes diesem das Recht gewährt sein, die Anordnung der Nachlaßpflegschaft zu beantragen. Kammerger. I. CS., B. v. 10. Juni 1901. R.O. III Nr. 66 b. E.A.F.G. II S. 120 ff.

§ 1961 will dem Nachlaßgläubiger die Möglichkeit gewähren, seine Rechte gegen den Nachlaß auch dann geltend zu machen, wenn er die Rechte gegen die Erben deswegen nicht durchzuführen vermag, weil die Erben unbekannt sind, oder weil ungewiß ist, ob sie die Erbschaft angenommen haben. — — — Aus dieser Absicht ergibt sich, daß das Unbekanntsein des Erben nicht schon dadurch ausgeschlossen wird, daß mit einiger Wahrscheinlichkeit ermittelt ist, wer der berufene Erbe ist, daß vielmehr das Bekanntsein des Erben nur dann vorliegt, wenn der Gläubiger in der Lage ist, seine Rechte unmittelbar gegen den Erben zu verfolgen. O.L.G. Rostock, B. v. 20. Mai 1902. R.O. IV Nr. 100 a.

§§ 1990, 1991. 5. Der Erbe, welcher von der Befugnis des § 1990 B.G.B. Gebrauch macht, ist verpflichtet, den gesamten Nachlaß herauszugeben, ihm steht gegenüber der Pfändung von Nachlaßgegenständen kein Widerspruchsrecht auf Grund des § 811 C.P.O. zu. Kammergericht, B. v. 19. Nov. 1900. R.O. I Nr. 267.

6. Der Erbe, welcher die Erbschaft angenommen hat, gerät vor Ablauf der im § 2014 B.G.B. gesetzten Frist und, wenn er innerhalb eines Jahres das Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragt hat und der Antrag zugelassen ist, vor Beendigung des Aufgebotsverfahrens noch § 2015 B.G.B. nicht in Verzug, obgleich er nach § 1958 B.G.B. auf die Zahlung einer Nachlaßverbindlichkeit verklagt werden kann und die Vorschützung der verzögerlichen Einreden die Verurteilung unter Vorbehalt der beschränkten Haftung

Digitized by Google

nicht entgegensteht. Kammergericht, U. v. 18. April 1901 (R.O. II Nr. 158) u. B. v. 18. Dez. 1901 (RO. III Nr. 111 d).

7. § 2006 Abs. 3 läßt den Erben, von dem ein Gläubiger die Ableistung des Offenbarungseides vor dem Nachlaßgerichte verlangt, bei nicht genügend entschuldigtem Ausbleiben in einem zweiten, zur Eidesleistung bestimmten Termine diesem Nachlaßgläubiger gegenüber für die Verbindlichkeiten des Erblassers unbeschränkt haften. Dadurch sind an das Nichterscheinen materielle Nachteile geknüpft, über deren Eintritt oder Nichteintritt der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit erkennen würde, wenn ihm die Entscheidung darüber zustände, ob ein versäumter Termin zur Eidesleistung zu wiederholen ist oder nicht. Über derartige Fragen des materiellen Rechts zu entscheiden, steht aber allein dem Prozeßrichter zu (vgl. Planck und Neumann zu § 2006). O.L.G. Rostock, B. v. 5. Nov. 1901. R.O. IV Nr. 31 a, S.A. 57 Nr. 40. § 2006.

8. Die Frage, ob der § 2028 B.G.B. unter dem, „der sich in häuslicher Gemeinschaft befunden hat", nur den Hausgenossen, der nicht Erbe ist, oder jeden Hausgenossen, gleichgültig ob er Erbe oder Nichterbe ist, versteht, ist von den Vorinstanzen dahin beantwortet, daß das erstere anzunehmen sei, und zwar mit Rücksicht auf die Stellung des § 2028 im dritten Titel des zweiten Abschnittes „Erbschaftsanspruch" und nicht im vierten Titel unter I „Rechtsverhältnis unter Miterben". Dieser Grund trifft nicht zu; denn der rechtliche Grund des Anspruchs beruht nicht in der Erbenqualität des Pflichtigen, sondern im wirklichen oder vermuteten Besitz von Nachlaßgegenständen (Dernburg, Pandekten 3 § 173 Z. 2 bes. Anm. 6). Gegen die einschränkende Auslegung spricht der klare Wortlaut des Gesetzes, der Gesetzgeber hätte mit Leichtigkeit — ähnlich wie im § 2027 Abs. 2 — hinter „Wer" in § 2028 die Worte „ohne Erbe zu sein" einfügen können. Daß er dies unterlassen hat, beweist, daß er die Hausgenossen, einerlei, ob sie Erben oder Nichterben sind, treffen wollte. Für eine einschränkende Auslegung liegen zwingende Gründe nicht vor. Auch das bisherige gemeine Recht (Dernburg a. a. O., E.R.G. Bd. 8 S. 161 ff.), das preußische Recht (preuß. A.G.O. I, 22 § 29 Z. 3 u. 7, E.R.G. 33, S. 314 u. J.W.Schr. 1892 S. 282[47]) und das franz. Recht (Code de proc. art. 914, 943) kannten solche Einschränkung der Manifestationspflicht nicht. O.L.G. Jena, B. v. 26. Jan. 1901. R.O. II Nr. 102 a (vgl. hiermit O.L.G. Braunschweig, B. v. 8. Febr. 1902. R.O. IV Nr. 102 c). Den Offenbarungseid nach § 2028 hat auch der Miterbe zu leisten.

Digitized by Google

Zuständigkeit für Abnahme des Offenbarungseides nach § 2028 Abs. 2 B.G.B.

9. Der eidespflichtige P. hatte sich auf Verlangen des Erben bereit erklärt, den Offenbarungseid vor dem Amtsgerichte Nürnberg, dem Gerichte seines Aufenthaltsortes zu leisten. Dieses lehnte aber die Abnahme ab, weil das Amtsgericht München als Nachlaßgericht ausschließlich zuständig sei, letzteres dagegen erachtete die Voraussetzungen des § 261 Satz 2 B.G.B. gegeben und lehnte gleichfalls ab. Auf Grund der §§ 5 und 199 Abs. 2 Fr.G.G. wurde das Amtsgericht N. als zuständiges Gericht aus folgenden Erwägungen bestimmt:

Erklärt sich der zur Auskunfterteilung Verpflichtete zur Leistung des Eides bereit, ohne dazu verurteilt zu sein, so ist die Mitwirkung des Gerichts ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Zuständigkeit des Gerichts bemißt sich daher, soweit nicht das Bürgerliche Gesetzbuch Vorschriften darüber enthält, nach den Vorschriften des Fr.G.G. . . .

Die Mitwirkung des Gerichts bei der Leistung des im § 2028 B.G.B. bezeichneten Offenbarungseides gehört nicht wie bei der Leistung des im § 2006 B.G.B. bezeichneten Eides des Erben zu dem Nachlaßgerichte obliegenden Verrichtungen, sondern ist eine besondere Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Zuständigkeit bemißt sich nach der Vorschrift des § 261 B.G.B. Nach § 261 Satz 1 ist der Eid vor dem Amtsgericht des Ortes zu leisten, an welchem die in § 2028 Abs. 1 bezeichnete Verpflichtung zu erfüllen ist. Nach Satz 2 aber kann der Verpflichtete, wenn er seinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande hat, den Eid vor dem Amtsgerichte des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsortes leisten. — — — Es ist irrig anzunehmen, diese Vorschrift lasse die nach Satz 1 begründete Zuständigkeit an sich unberührt und verpflichte nur das nach Satz 1 zuständige Gericht, zum Zwecke der Eidesleistung das Gericht des Aufenthaltsortes des Verpflichteten um Leistung der Rechtshilfe zu ersuchen. Durch Satz 2 wird die selbständige Zuständigkeit des Gerichts des Aufenthaltsortes begründet, die Zuständigkeit des Gerichts des Erfüllungsortes ausgeschlossen.[1]) — — —

Daß dies die richtige Auffassung des Verhältnisses ist, in dem die beiden Vorschriften stehen, ergibt sich schon aus der Fassung des § 261 Abs. 1. Dafür spricht insbesondere auch der Abs. 2 des § 261. Hiernach kann „das Gericht" eine den Umständen

[1]) Anders hat das Reichsgericht — freilich ohne Begründung — kürzlich in einem zwischen den Amtsgerichten Rostock und Stettin entstandenen Zuständigkeitsstreite entschieden.

Digitized by Google

entsprechende Änderung der Eidesnorm beschließen. Diese Fassung läßt keinen Zweifel darüber, daß unter dem Gerichte sowohl das Gericht des ersten als des zweiten Satzes des ersten Absatzes zu verstehen ist. Die Entscheidung darüber, ob nach den Umständen eine Änderung der Eidesnorm stattzufinden habe, setzt eine Untersuchung und Beurteilung der Umstände des Falles, also eine Thätigkeit voraus, die einem nur durch Ersuchen um Leistung der Rechtshilfe mit der Angelegenheit befaßten Gerichte nicht zukommen kann, sondern nur dem Gerichte zusteht, das kraft eigener Zuständigkeit mit der Sache befaßt ist.

Bayerisches O.L.G., B. v. 21. Juli 1900. R.O. II Nr. 102 b, E.B.O.L.G. I Nr. 89, S.A. Bd. 56 Nr. 156.

Kann ein Miterbe, der zugleich Nachlaßschuldner ist, während der Erbengemeinschaft auf Zahlung zur Nachlaßmasse belangt werden? § 2039.

10. Unstreitig hat der Beklagte den von der Erblasserin auf ihn gegangenen Wechsel über 500 Mk., fällig am 2. Jan. 1901, angenommen. Die Erblasserin ist am 30. Juni 1900 mit Hinterlassung eines Testamentes, in dem die Kläger als Testamentsvollstrecker eingesetzt sind, verstorben. Der Beklagte ist als Miterbe eingesetzt. Kläger beanspruchen vom Beklagten die Zahlung der Wechselschuld zur Nachlaßmasse. Der Beklagte wendet ein, daß gegen ihn als Miterben während bestehender Erbengemeinschaft nicht auf Zahlung der Nachlaßschuld, sondern nur auf Anerkennung geklagt werden könne.

Der Einwand ist thatsächlich begründet und rechtlich erheblich. Es kann dem Vorderrichter nicht zugestimmt werden, wenn er ausführt, der Beklagte könne nicht aus dem Grunde, weil er Miterbe sei, die Bezahlung der fällig gewordenen Nachlaßforderung hinausschieben; er könne vielleicht bei der Auseinandersetzung seine Erbteilforderung zur Aufrechnung gegen die Wechselschuld stellen, solange aber eine Auseinandersetzung nicht stattgefunden habe, sei er zur Bezahlung verpflichtet. — — — Das Schuldverhältnis, worin der Beklagte zu der Erblasserin auf Grund des Wechsels stand, ist nicht durch Konfusion untergegangen, vielmehr besteht die Wechselschuld, wie sich aus dem Wesen der Erbengemeinschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand ergibt, bis zur Auseinandersetzung als ein selbstständiger Nachlaßanspruch fort. Es fragt sich, wie dieser Anspruch von den Erben oder von den Testamentsvollstreckern gegen den schuldnerischen Miterben während der Gemeinschaft geltend zu machen ist.

Die Vorschrift des § 2039 B.G.B. enthält keine Entscheidung für diese Frage; auch sonst findet sich ein Ausspruch hierüber weder im Gesetze selbst noch in den Vorarbeiten.

Digitized by Google

Im Anschluß an die Bestimmung im § 491 I, 16 des preuß. A.L.R. hat das preußische Obertribunal wiederholt angenommen, daß der Miterbe, der zugleich Nachlaßschuldner ist, nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht habe, seine Schuld mit seinem Erbteile aufzurechnen. Es ist nur eine Klage auf Anerkennung zugelassen, die Klage auf Zahlung aber abgewiesen, weil der Schuldner, der zugleich Miterbe sei, in seinem persönlichen Rechte benachteiligt werde, wenn er das Geld einzahlen solle, zu welchem er mitberechtigt sei, und bevor durch die Auseinandersetzung über das gemeinschaftliche Eigentum der Rechte und Pflichten der einzelnen Erben festgestellt seien; denn vor dieser Feststellung lasse sich nicht ermessen, ob der Erbe überhaupt irgend eine Zahlung in Gelde zu leisten haben werde. Der Miterbe werde, wie Rehbein (Entsch. des O.Tr. Bd. 3 S. 292 f.) ausführt, beschwert, wenn er vor der Teilung zur Zahlung gezwungen werde, die vielleicht nicht nötig sei, weil die Schuld durch den Erbanspruch gedeckt werde; dagegen werde er auf Zahlung belangt werden können, falls es die Deckung der Nachlaßschulden erfordere. Die oben erwähnte Entscheidung des O.Tr. v. 5. Nov. 1858 deutet an, daß auch in anderen Fällen die Klage auf Zahlung begründet sein könne, so z. B. wenn sie sich darauf stütze, daß das Kapital nicht sicher stehe, der Verlust der Forderung zu besorgen sei oder ein besonderes Interesse — wofür die Feststellung der Nachlaßmasse und die Vorbereitung der Teilung nicht gelten könnten — das Verlangen der Zahlung rechtfertige.

Von den neueren Schriftstellern haben sich Planck-Ritgen und Strohal mit der Frage beschäftigt. Planck-Ritgen (B.G.B. Anm. 4 zu § 2039) führen unter Bezugnahme auf Rehbein a. a. O. aus, daß dasselbe, was das preuß. O.Tr. angenommen habe, auch für das B.G.B. anzunehmen sein werde. Aus den Vorschriften der §§ 752 ff. und des § 2046 Abs. 3 sei — heißt es weiter — die Absicht des Gesetzes zu entnehmen, daß die vorhandenen Nachlaßgegenstände nicht im weiteren Umfange als es zur Berechtigung der Verbindlichkeiten und zur Durchführung der Auseinandersetzung notwendig sei, veräußert, vielmehr nach Möglichkeit in Natur erhalten werden sollen. Strohal (Erbrecht, 2. Aufl. § 64 S. 343) lehrt, und zwar ebenfalls unter Hinweisung auf die frühere preußische Rechtsprechung, daß ein Miterbe, der Nachlaßschuldner sei, während der Erbengemeinschaft nur insoweit zur Leistung werde angehalten werden können, als ihre Bewirkung zur Befriedigung

Digitized by Google

von Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich oder sonst durch ein gerechtfertigtes Interesse der Miterben geboten sei, und daß andernfalls in dem Zahlungsbegehren eine unzulässige Chikane (§ 226 B.G.B.) zu erblicken wäre. Dieser Auffassung schließt sich das Berufungsgericht an.

O.L.G. Marienwerder, U. v. 25. Juni 1901. S.A. Bd. 56 Nr. 224.

11. Klägerin, die neben der Beklagten und einer dritten Schwester ihren 1900 verstorbenen Vater beerbt hat, verlangt mit der Behauptung, daß die Beklagte nach dem Tode des Vaters ein diesem zustehendes Sparkassenbuch unberechtigt erhoben habe, $^1/_3$ dieses Guthabens. Die Klage ist abgewiesen. §§ 2039, 2042 ff.

Es handelt sich um einen Anspruch des Nachlasses wider die Beklagte auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Klägerin werde gemäß § 2039 diesen Anspruch aber nur in der Weise geltend machen können, daß sie die Herausgabe oder die Hinterlegung für alle Erben verlangte. Dieser Vorschrift entspricht die auf Auszahlung ihrer Quote gerichtete Klage nicht. Sie läßt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkte des Auseinandersetzungsanspruches (§ 2042 ff.) aufrecht erhalten, da nicht erhellt, weshalb gerade an diesem Nachlaßkapital der Klägerin $^1/_3$ zustehen sollte. Über den Stand des Nachlasses ergeben die Verhandlungen nichts. Das Sparkassenkapital muß daher als ein Nachlaßgegenstand gelten, bezüglich dessen der Klägerin als Miterbin nach § 2033 eine Verfügung zu ihrem Anteil nicht zusteht.

O.L.G. Kiel I C.S., U. v. 10. Apr. 1902, R.O. IV Nr. 102 e.

12. Der Einwand aus § 2059 B.G.B. ist keine Einwendung von materieller Bedeutung, der Erfolg der Einrede führt nicht zu einer in das Urteil aufzunehmenden materiellen Beschränkung der Verurteilung etwa in der Form, daß die Verurteilung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß stattfindet, wie Planck-Ritger, Kommentar zu § 2059 unter 2, Endemann, Einführung III § 113 Anm. 27 und Jaeger, Erbenhaftung S. 25 annehmen. Der Einwand ist vielmehr, vgl. Gruchot 43 S. 816, Ihering, Jahrb. 42 S. 135, Strohal, Erbrecht 2. Aufl. § 88 Anm. 7, prozessualer Art, der Erfolg ist lediglich davon abhängig, ob zur Zeit der Zwangsvollstreckung die Erbschaft noch ungeteilt ist oder nicht. Die Einrede ist also in das Vollstreckungsverfahren zu verweisen, wo sie mittels der Klage nach § 767 C.P.O. geltend zu machen ist. § 2059.

Digitized by Google

Das bei einer Mehrheit von Erben dem einzelnen in § 2059 Satz 1 eingeräumte Recht deckt sich zwar nicht mit dem Recht, das auch dem Alleinerben auf Beschränkung seiner Haftung zusteht: denn, wie § 2059 Satz 2 beweist, hat der Erbe jenes bei Ungeteiltheit des Nachlasses auch dann noch, wenn er dieses schon verwirkt hat (vgl. Planck-Ritgen zu § 2059 unter 1 b). Immerhin besteht zwischen beiden eine Verwandtschaft, als in beiden Fällen während des Prozesses sich nicht übersehen läßt, ob zur Zeit der Vollstreckung die Beschränkung, die sie beide erstreben, noch von praktischer Bedeutung sein wird; der Erbe kann zur Zeit der Vollstreckung das Recht, seine Haftung zu beschränken, welches ihm während des Rechtsstreits noch offen stand, verloren haben und — was die Haftung des Miterben angeht — so kann die Erbschaft, die zur Zeit des Prozesses noch ungeteilt war, dann, wenn es zur Vollstreckung kommt, geteilt sein. Für die Haftungsbeschränkung gibt aber die Zivilprozeßordnung in § 781 verbunden mit § 785 deutlich zu erkennen, daß sie trotz des Vorbehalts im Urteil (§ 780) bei der Zwangsvollstreckung zunächst gar nicht berücksichtigt wird, vielmehr erst auf die Widerspruchsklage des Erben hin zur Geltung gelangt, und es kommt daher alles darauf an, ob sie zur Zeit des Urteilserlasses auf diese Klage hin noch gegeben ist. M. a. W. es entscheidet die Rechtslage im Zeitpunkt der Vollstreckung. Was aber der Gesetzgeber für die Geltendmachung dieses Einwandes zu erkennen gibt, das muß vermöge der dargelegten Verwandtschaft zwischen beiden Rechtsbehelfen auch für die Einrede als § 2059 Satz 1 Platz greifen. Es folgt also wiederum: die Erörterung des fraglichen Einwandes gehört nicht ins Prozeß-, sondern ins Vollstreckungsstadium. Die zweite Kommission (Prot. 5 S. 875) erklärte sich in ihrer Mehrheit darüber einverstanden, daß das Recht der einzelnen Miterben, den Gläubiger bis zur Teilung der Erbschaft auf den Nachlaß zu verweisen, keines Vorbehalts im Urteile bedürfe und in der Zwangsvollstreckung ebenso wie das Recht auf Beschränkung der Haftung zunächst unberücksichtigt bleibe, bis auf Grund derselben Klage nach § 767 C.P.O. erhoben werde. O.L.G. Dresden, U. v. 9. Dez. 1901, R.O. IV Nr. 31 d.

Auslegung letztwilliger Verfügungen welche vor dem 1. Jan. 1900 errichtet sind, im Falle des Ablebens d. Erblassers nach diesem Zeitpunkte.

13. 1901 starb zu Elberfeld die Frau L. mit Hinterlassung ihres Mannes und eines Sohnes. Sie hatte mit ihrem Manne 1883 einen Ehevertrag geschlossen, in dessen Art. 2 es heißt: „Für den Todesfall vermachen die künftigen Ehegatten sich gegenseitig alles dasjenige zu Eigentum und zur Nutznießung für Lebenszeit,

Digitized by Google

worüber zu verfügen sie gesetzlich befugt sind, so daß, wenn der Jüngstversterbende Vorbehaltserben nicht hinterläßt, der Längstlebende sein Universalerbe wird." Der Mann beantragte die Erteilung eines Erbscheins für sich als Alleinerben seiner Frau, da das B.G.B. den Begriff des Vorbehaltserben nicht mehr kenne und deshalb seine Universalerbfolge eingetreten sei. Der Antrag ist zurückgewiesen, ebenso die weitere Beschwerde aus folgenden Gründen: die Ausführungen des Beschwerdeführers, daß letztwillige Verfügungen dem zur Todeszeit des Erblassers geltenden Rechte unterworfen seien, seien insofern richtig, als die Verfügung in ihrer rechtlichen Bedeutung nach dem zur Zeit des Todes des Erblassers geltenden Rechte zu beurteilen sei. Für die Auslegung der Verfügung komme es jedoch darauf an, den wirklichen Willen des Erblassers zu ermitteln. Dabei sei auszugehen von den thatsächlichen Verhältnissen und dem Rechtszustande der Zeit, in der die Verfügung errichtet wurde, sofern nicht ausnahmsweise thatsächliche Anhaltspunkte auf einen anderen Weg hinweisen. Es sei also anzunehmen, daß sich die Erblasserin der Ausdrucksweise des Art. 1094 C. civil habe anschließen und zu erkennen geben wollen, daß der Beschwerdeführer beim Vorhandensein von Vorbehaltserben jedenfalls nur neben diesen berufen sein solle. Von diesem Willen, welcher der Rechtslage zur Zeit der Errichtung des letzten Willens durchaus entspreche, abzuweichen, liege kein Anhaltspunkt vor. Kammergericht, B. v. 24. Juni 1901, R.O. III Nr. 67 d.

Ebenso Kammergericht, B. v. 4. März 1901, R.O II Nr. 155 a.

Der am 19. Mai 1902 verstorbene P. hatte im Jahre 1879 ein Testament errichtet, in welchem bestimmt war:

1. Meine Erben sollen sein a) meine Ehefrau, b) mein Sohn erster Ehe, c) meine Kinder zweiter Ehe;

2. meiner Frau vermache ich den lebenslänglichen uneingeschränkten Nießbrauch meines gesamten Vermögens und dessen Verwaltung ohne jegliche Beschränkung und entfreie sie von der Verpflichtung zur Rechnungsablage und zur Kautionsbestellung. Erst nach ihrem Tode sollen die übrigen berufenen Erben den Nachlaß der Substanz nach Köpfen unter sich teilen.

Dem Gesuche der Erben, den Erbschein dahin zu erteilen, daß der Witwe der Nießbrauch an dem gesamten Nachlasse, den vier Kindern das Erbrecht zu je $^1/_4$ beschränkt durch den Nießbrauch zustehe, war nicht stattgegeben, da nach der Auffassung des Amtsgerichts nach dem Inhalte des Testamentes die Witwe Vorerbe

Digitized by Google

und die vier Kinder Nacherben im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches seien.

In der Beschwerdeinstanz ist erkannt, daß den vier Kindern des Erblassers ein gemeinschaftlicher Erbschein zu erteilen sei, in dem ihre Erbteile zu je $^1/_4$ angegeben werden.

Gründe: Die Entscheidung hängt in erster Linie von der Beantwortung der Frage ab, wie die oben citierten Bestimmungen unter der Herrschaft des alten Rechts auszulegen waren und sodann von der weiteren Frage, ob das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches eine andere Auslegung gebietet. Aus der Fassung unter Nr. 2 ergibt sich, daß der Erblasser seiner Ehefrau, obwohl er sie unter Nr. 1 zum Erben einsetzt, irgend ein Recht auf die Substanz seines Nachlasses nicht hat einräumen wollen. Das erhellt insbesondere aus dem Schlußsatze, in welchem verordnet ist, daß nach dem Tode der Frau die übrigen berufenen Erben den Nachlaß der Substanz nach unter sich teilen sollen. Denn hiermit ist offenbar der gesamte Nachlaß des Erblassers genannt. Das erhellt auch daraus, daß von einem Kopfteile der Ehefrau nirgends die Rede ist. Die Frau soll also weiter nichts erhalten, als den Nießbrauch am Nachlaß. Die Erbeinsetzung im § 1 stellt sich also dar als eine heredis institutio ex re certa, welcher, weil sie mit der Einsetzung rite instituierter Erben konkurriert, keine hier interessierende praktische Bedeutung zukommt.

Der Erblasser konnte den von ihm gewollten juristischen Erfolg, daß seine Ehefrau die lebenslängliche Nutzung und die Kinder die Substanz des Nachlasses erhalten sollten, auf zweifachem juristischen Wege erzielen. Er konnte seine Frau zur Erbin einsetzen und mit einem Universalfideikommiß zu gunsten seiner Kinder belasten, oder er konnte seine Kinder zu Erben einsetzen und mit dem Vermächtnisse des lebenslänglichen Nießbrauchs zu gunsten seiner Ehefrau belasten. Aus dem klaren Wortlaut „meiner Ehefrau — — — vermache ich den lebenslänglichen Nießbrauch“ ergibt sich, daß der Testator den letzteren Weg eingeschlagen hat. — — — Die vom Testator verfolgte wirtschaftliche Absicht läßt sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches analog dem gemeinen Recht auf dem Wege der Erbeinsetzung als Vorerbe und auf dem Wege der Anordnung eines Nießbrauchsvermächtnisses erreichen. Wenn eine unter der Herrschaft des gemeinen Rechts errichtete Bestimmung als Erbeseinsetzung verbunden mit der Anordnung eines Universalfideikommisses aufzufassen ist, muß allerdings — vgl. auch § 2103

Digitized by Google

des Bürgerlichen Gesetzbuches — nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches angenommen werden, daß derselbe nunmehr in dem Sinne einer Einsetzung als Vorerbe aufzufassen ist. Nicht gilt jedoch unbedingt das gleiche, wenn eine Verfügung nach früherem Recht als Änderung eines Nießbrauchsvermächtnisses aufzufassen war. Ein Rechtssatz, daß auch hierin die Anordnung einer Vorerbschaft zu sehen wäre, besteht nicht. Eine Änderung des Willens nach dieser Richtung hin kann auch nicht ohne weiteres angenommen werden. Allerdings ist die Rechtstellung des Vermächtnisnehmers nach Bürgerlichem Gesetzbuche eine andere wie nach gemeinem Rechte. Es ist auch anzuerkennen, daß das Rechtsinstitut der Vorerbschaft den erstrebten wirtschaftlichen Erfolg in einfacherer, natürlicher Weise verwirklicht, als das Nießbrauchsvermächtnis. Indessen reichen diese Momente kaum aus, die Annahme einer Änderung des Willens zu begründen. — — — Es muß vielmehr daraus, daß der Testator, welchem als Juristen die einschlagenden Bestimmungen bekannt waren, unterlassen hat, sein Testament zu ändern, daß er gewollt hat, daß seine Verfügung auch unter dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches als Nießbrauchvermächtnis aufrecht erhalten werden solle. L.G. Rostock, B. v. 29. Septbr. 1902.

14. Kann ein zur gesetzlichen Erbfolge berufener Erbe im Falle des § 2088 B.G.B. neben dem ihm von Todes wegen zugewendeten Bruchteile der Erbschaft noch den gesetzlichen Erbteil von dem Reste der Erbschaft beanspruchen? Wie ist eine solche vor dem 1. Januar 1900 errichtete Verfügung von Todes wegen auszulegen?[1] § 2088 u. 218.

[1]) Über diese Frage ist, abgesehen von den Entscheidungen unter Nr. 13, zu vergleichen: Habicht, Einwirkung (2. Aufl.) S. 706 ff., Lenel, Zeitschr. f. deut. bürgerl. Recht und franz. Zivilrecht 1901 S. 220 ff., Scherer, Einführungsgesetz z. B.G.B. Nr. 345, sowie die Ausführungsvorschriften von Hessen Art. 155 („hat ein Ehegatte, an dessen Nachlaß dem anderen Ehegatten nach dem bisherigen Recht ein gesetzliches Erbrecht nicht oder in geringerem Umfang als nach dem B.G.B. zustand, dem anderen Ehegatten durch eine vor dem Inkrafttreten des B.G.B. getroffene Verfügung von Todes wegen eine Zuwendung gemacht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Wert des Zugewendeten auf den Erbteil, der dem anderen Ehegatten nach Maßgabe der Vorschriften des B.G.B. über das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten zufällt, angerechnet werden soll") und von Mecklenburg-Schwerin § 264, -Strelitz § 261 („Ist vor dem Inkrafttreten des B.G.B. von einem Erblasser, der erst nach diesem Zeitpunkte stirbt, eine letztwillige Verfügung zu gunsten einer Person getroffen worden, für welche in Ansehung des gesetzlichen Erbrechts oder des Pflichtteilsrechts die für die Errichtung der Verfügung maßgebenden Gesetze ein anderes bestimmen als

Digitized by Google

a) O.L.G. Köln, U. v. 28. Januar 1901.

Dem Beklagten ist durch die in Art. 2 des Ehevertrages vom 19. Juli 1855 getroffene Festsetzung seitens der im März 1900 gestorbenen Erblasserin deren „gesetzlich disponibeler Vermögensteil" und zwar im vorliegenden Falle, in welchem sie die beiden Kläger als ihre Kinder erster Ehe hinterlassen hat, ein Kindesteil an ihrem Nachlaß von Todes wegen geschenkt worden. Für die Entscheidung kommt in erster Linie der Art. 213 E.G. z. B.G.B. in Betracht, wonach an sich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung zu bringen sind, weil die Erblasserin erst nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist.

1. Durch die hier fragliche Schenkung, auf welche gemäß § 2301 B.G.B. dessen Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden, hat die Erblasserin im Wege der letztwilligen Anordnung über einen Teil ihres Nachlasses verfügt, indem sie ihren Ehemann, den Beklagten und Widerkläger, auf einen Bruchteil des Nachlasses, nämlich auf einen Kindesteil, zum Erben eingesetzt hat, während eine weitere Verfügung über die anderen Teile ihres Nachlasses nicht vorliegt. — . . . In Bezug auf die übrigen Teile tritt also gemäß § 2088 die gesetzliche Erbfolge ein. Das hat keineswegs die Folge, daß der Beklagte neben dem ihm auf Grund des Ehevertrages zustehenden Kindesteile noch das ihm gemäß § 1931 B.G.B. bei der gesetzlichen Erbfolge an sich zukommende Viertel der Erbschaft fordern könnte. Vielmehr hat der Umstand, daß dem Beklagten bereits durch den Ehevertrag ein dem gesetzlichen Erbteil nicht bloß gleichkommender, sondern sogar diesen übersteigender Betrag zufällt, die Wirkung, daß er damit auch hinsichtlich seines gesetzlichen Erbrechts vollständig befriedigt ist; denn es ist gemäß § 1951 wohl gestattet, den auf Grund der letztwilligen Verfügung ihm zustehenden Anteil an der Erbschaft auszuschlagen und den gesetzlichen Erbteil anzunehmen oder umgekehrt unter Ausschlagung des letzteren den ihm durch die letztwillige Verfügung zufallenden Kindesteil anzunehmen; dagegen hat er nicht das Recht, auf Grund beider Berufungsgründe an der Erbschaft teilzunehmen. Gerade der Umstand, daß er durch den Ehevertrag auf einen bestimmten

---

das B.G.B., so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Erblasser die letztwillige Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage, welche sich durch das Inkrafttreten des B.G.B. ergibt, getroffen haben würde"). Die formelle Gültigkeit dieser landesgesetzlichen Bestimmungen wird bekämpft von Habicht a. a. O. und von Lenel a. a. O.

Digitized by Google

Bruchteil des Nachlasses eingesetzt ist, läßt deutlich erkennen, daß ihm von der Erbschaft nach dem Willen der Erblasserin nur der in der letztwilligen Anordnung angegebene Teil zufallen soll, wie denn auch die Motive zum I. Entwurfe (§ 1790, Bd. 5 S. 64) ausdrücklich hervorheben: „Eine Auslegungsregel, daß die Beifügung von Bruchteilen im Zweifel eine Beschränkung der Erbfolge aus dem Testamente gegenüber der gesetzlichen Erbfolge enthält, ist entbehrlich. Im Einklange hiermit wurde bei der 2. Lesung (Protokolle 5 S. 74) ausdrücklich darauf hingewiesen, die Besonderheit des § 1790 (2088) bestehe darin, daß hier der Erblasser den einen oder die mehreren Erben auf Bruchteile „beschränkt", also den Willen gehabt und erklärt habe, daß dieselben mehr als den Bruchteil nicht erhalten sollen.

Wäre die entgegengesetzte Ansicht richtig, so müßte auch ein durch letztwillige Anordnung auf den Pflichtteil eingesetzter Erbe dann, wenn der Erblasser sich auf eine derartige Anordnung beschränkt und somit hinsichtlich des übrigen Nachlasses gemäß § 2088 die gesetzliche Erbfolge eintritt, an dieser mit seinem vollen Erbteile beteiligt sein, also neben dem Pflichtteil den dem gesetzlichen Erbteile entsprechenden Bruchteil von dem Reste des Nachlasses erhalten, eine Konsequenz, deren Unhaltbarkeit auf der Hand liegt.

2. Kann schon hiernach der Beklagte sein auf letztwilliger Anordnung beruhendes Erbrecht nicht *neben* dem gesetzlichen des § 1931 geltend machen, so ist auch der von ihm verteidigten Auslegung des Ehevertrages nicht beizutreten. Ob bei dieser Auslegung der im § 133 aufgestellte Satz des neuen Rechts (wie z. B. *Habicht* 2. Aufl. S. 700 will), oder die zur Zeit der Errichtung des Ehevertrages in Geltung gewesenen Auslegungsvorschriften des Code civil zu Grunde zu legen sind (was die Begründung des Einführungsgesetzes als selbstverständlich betrachtet), kann hier dahin gestellt bleiben, weil der im letzteren Falle maßgebende Art. 1156 Code civil dem § 133 B.G.B., dem er als Vorbild gedient, inhaltlich völlig entspricht.

Darüber aber, daß bei Auslegung von Willenserklärungen vor allen ermittelt werden muß, was der Erklärende *zur Zeit ihrer Abgabe* gewollt hat, kann kein ernstlicher Zweifel bestehen. Wenn es im Ehevertrage heißt, daß jedem der Vertragschließenden „der gesetzlich disponibele Vermögensteil" geschenkt sein solle, so kann darunter *vorliegend* nur derjenige Teil verstanden werden, über den nach Lage der damaligen Gesetzgebung jeder der beiden Teile

Digitized by Google

zu gunsten des anderen verfügen konnte oder durfte. — — — Denn es liegt auf der Hand, daß die Vertragschließenden 1855 an eine Änderung des bestehenden gesetzlichen Erbrechts — — — gar nicht gedacht haben können.

An diesem Ergebnisse vermag auch der Umstand, daß die Erblasserin erst unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches gestorben ist, nichts zu ändern, da diese Thatsache für ihre Willensrichtung und für die Auslegung ihrer Willenserklärung schon deshalb einflußlos ist, weil sie gar nicht in der Lage war, die im Ehevertrage vereinbarte Festsetzung durch eine nach dem 1. Januar 1900 getroffene einseitige Verfügung zu ungunsten ihres Mannes zu beseitigen oder einzuschränken. Aus dem Umstande, daß jene Verfügung nach dem 1. Januar 1900 unverändert bestehen blieb, kann daher nicht gefolgert werden, daß ihr nach dem Willen der Erblasserin eine weitere Bedeutung zukommen sollte, als sie unter der Herrschaft des Erbrechts hatte, insbesondere erscheint die Annahme ausgeschlossen, daß die Erblasserin durch dieses Verhalten zum Ausdruck gebracht hätte, sie habe ihrem Manne durch den Ehevertrag alles dasjenige zuwenden wollen, was sie ihm unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches hätte zuwenden können. Hiernach kann der Beklagte weder den ganzen Nachlaß seiner Frau abzüglich der Pflichtteile für seine beiden Kinder, also $^5/_8$, noch auch einerseits $^1/_4$ des Nachlasses als gesetzlicher Erbe und ein weiteres Viertel von dem alsdann restierenden Dreiviertel des Nachlasses als durch den Ehevertrag berufener Erbe verlangen, sondern nur das ihm durch den Ehevertrag zugesicherte Kindesteil in Höhe eines Drittels des Nachlasses beanspruchen, so daß der erste Richter mit Recht der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen hat (vgl. Habicht S. 710 Nr. 2 und Scherer, Komm. z. E.G. Nr. 345 S. 245). — R.O. Bd. 2 Nr. 70 a.

b) R.G. IV. C.S., U. v. 8. Juli 1901.

Am 5. Mai 1900 starb zu Aachen die Ehefrau des Klägers K., frühere Ehefrau J. Sie hinterließ aus ihrer früheren Ehe acht Kinder bezw. Kindeskinder, die Beklagten. In einem zwischen ihr und Kläger am 18. Mai 1874 notariell geschlossenen Ehevertrage hatten die Brautleute inhalts der Artt. 4 und 5 sich gegenseitig von Todes wegen bedacht. Insbesondere hatte im Art. 4 die Braut, damalige Witwe J., für den Fall ihres Vorabsterbens ihrem künftigen Ehegatten (Kläger) denjenigen Teil ihres Nachlasses, worüber ihr

Digitized by Google

die Gesetze zu verfügen erlaubten, nämlich einen Kindesteil, geschenkt und vermacht.

Im jetzigen Rechtsstreite hat der Kläger gegen die Beklagten geltend gemacht, daß ihm an dem Nachlasse seiner vorab, jedoch erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches verstorbenen Ehefrau nicht bloß der im Art. 4 des Ehevertrages ausgesetzte Kindeserbteil von $^1/_9$, sondern auch noch der nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1931) dem überlebenden Gatten bestimmte Erbteil von $^1/_4$ zustehe, und den Klagantrag auf Feststellung dieses erbrechtlichen Beteiligungsverhältnisses gerichtet. Vom Landgerichte (Aachen) ist, entgegen dem Antrage der Beklagten, nach dem vollen Klagantrag erkannt, also dem Kläger auch der gesetzliche Erbteil von $^1/_4$ zugesprochen.

In der von den Beklagten beschrittenen Berufungsinstanz hat der Kläger eventuell die Feststellung beantragt, daß ihm am Nachlasse der Erblasserin das gesetzliche Erbrecht oder doch ein Anspruch auf $^1/_8$ zustehe. Die Beklagten haben zugegeben, daß der Kläger neben dem vertraglichen Erbteile von $^1/_9$ des Nachlasses mit Rücksicht auf das Pflichtteilsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 2303) noch Anspruch auf den Nachlaßwert bis zur Ergänzung jenes $^1/_9$ auf $^1/_8$ habe. Danach hat das Oberlandesgericht (Köln) in dem jetzt angefochtenen Urteile erkannt, „daß dem Kläger am Nachlasse der Erblasserin $^1/_9$ und ein fernerer Anspruch an dem Nachlaßwert von $^1/_{72}$ zustehe, wogegen er mit dem weitergehenden Antrage abgewiesen ist".

Die vom Kläger eingelegte Revision ist aus folgenden Gründen zurückgewiesen: Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß es für die Entscheidung des Rechtsstreits wesentlich darauf ankäme, welchen Willen die Erblasserin bei der im Art. 4 des Ehevertrages vom 18. Mai 1874 erklärten letztwilligen Zuwendung für den Kläger gehabt habe. Das Oberlandesgericht gelangt dann unter Würdigung des Inhaltes des Ehevertrages wie der begleitenden Umstände zu dem Ergebnis, daß der Wille der Erblasserin dahin gegangen sei, ihren künftigen Ehemann in betreff seiner Ansprüche an ihren dereinstigen Nachlaß lediglich ihren Kindern gleichzustellen, dergestalt, daß diese Ansprüche damit ein für allemal festgelegt werden, und der Kläger, sofern sie Kinder neben ihm hinterlasse, unter keinen Umständen mehr, als einen den Gesetzen zur Zeit der Vertragserrichtung entsprechenden Kindesteil erhalten solle. — — —

Digitized by Google

Diese Beurteilung ist vom Revisionskläger in mehrfacher Hinsicht bekämpft worden. Die Angriffe erscheinen jedoch nicht begründet. — — —

Für die Streitfrage, welche rechtliche Wirkung die in dem Ehevertrage vom 18. Mai 1874 bethätigte letztwillige Verfügung der Erblasserin für den Kläger im Verhältnis zu dem nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche dem überlebenden Ehegatten zustehenden Erbrechte hat, sind gemäß Art. 213 E.G. z. B.G.B. dessen Vorschriften maßgebend. In dieser Beziehung ist vom Berufungsgericht nach obigem der Weg eingeschlagen, daß es auf Grund der Auslegungsregel des § 113 B.G.B., welche mit derjenigen des Art. 1156 C. c. übereinstimmt, den Willen, welchen die Erblasserin bei Errichtung des Ehe- und Erbvertrages vom 18. Mai 1874 gehabt und nach Inhalt desselben zum Ausdruck gebracht, ermittelt und solchen die Entscheidung zu Grunde gelegt hat. Die Revision beanstandet diesen Standpunkt und unterstellt, daß in diesem Punkte eine Lücke im Bürgerlichen Gesetzbuche bestehe. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Es ist zuzugeben, daß einzelne Landesgesetzgebungen es für nötig erachtet haben, nach dieser Richtung eine Aushilfevorschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Gestalt einer Auslegungsvorschrift zu geben (s. o. S. 329 Anm. 1). — — — Jedenfalls bedarf es für den jetzigen Rechtsfall einer derartigen Aushilfe nicht. Schon auf Grund der §§ 213, 214 E.G. z. B.G.B. ist zu dem vom Berufungsgerichte gewonnenen Ergebnisse zu gelangen. Ist nämlich die im Ehevertrage vom 18. Mai 1874 seitens der Erblasserin zu gunsten des Klägers getroffene Verfügung von Todes wegen im Sinne des Art. 214 E.G. z. B.G.B. ihrer Errichtung nach rechtsgültig,[1]) so muß man auch auf Grund des Art. 213 a. a. O. folgern, daß sie ihrer Wirkung nach ebenso zu beurteilen ist, als wenn sie unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches errichtet wäre. Nun steht aber nach Bürgerlichem Gesetzbuche (wie früher nach französischem Rechte) einem Erblasser die Befugnis zu, die gesetzliche Erbfolge durch letztwillige Verfügung auszuschließen. Deshalb kommt es hier lediglich darauf an, im Wege der Auslegung des Ehevertrages festzustellen, inwieweit die Erblasserin die Erbfolge in ihren Nachlaß dispositiv, und zwar insbesondere für

[1]) Daß die bezeichnete Verfügung formell rechtsgültig errichtet ist, ist in der Entscheidung ausgeführt.

Digitized by Google

hren künftigen Ehemann, hat regeln wollen. Diesen Weg hat as Oberlandesgericht eingeschlagen. Es hat den bezüglichen Willen er Erblasserin aus dem Inhalte des Ehevertrages und aus den egleitenden Umständen ermittelt. Naturgemäß ist dabei lediglich er Wille zur Zeit der Errichtung des Ehevertrags berücksichtigt. In Bezug auf die begleitenden Umstände sind die Alters- und Vermögensverhältnisse der Brautleute, die vorhandene Nachkommenchaft der Braut aus früherer Ehe, wie das Verhältnis der gegenseitigen letztwilligen Zuwendungen der Brautleute in Betracht gezogen. Wenn danach das Oberlandesgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, daß der Wille der Erblasserin dahin gegangen sei, ihrem künftigen Ehemann für den Fall, daß sie vorabsterbe und Kinder hinterlasse, unter allen Umständen lediglich einen Kindesteil zuzuwenden, so muß dies als rechtlich maßgebend gelten, und es ergab sich für das Berufungsgericht kein Anlaß, noch zu erwägen, inwiefern der Wille der Erblasserin etwa im Falle einer künftigen Gesetzesänderung hätte beeinflußt werden können. Eine abweichende Rechtslage würde sich nur unter der Voraussetzung herausstellen, daß der das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten aussprechende § 1931 B.G.B. zwingendes Recht enthalte. Diese Voraussetzung kann indes als zutreffend nicht anerkannt werden.

E.R.G. Bd. 49, S. 44 ff.

c) Zu der Begründung der Entscheidungen unter a und b dürften einige Bemerkungen am Platze sein.

A. 213 E.G. z. B.G.B. behandelt die in Rede stehende Streitfrage überhaupt nicht, da derselbe nur von der Erbfolge in den Nachlaß eines bereits vor dem 1. Jan. 1900 verstorbenen Erblassers spricht. Die Erbfolge und die sich aus derselben ergebenden Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Nachlasses eines nach dem 1. Jan. 1900 verstorbenen Erblassers richten sich nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dieser Satz ist selbstverständlich, er ist nirgends besonders ausgesprochen, er folgt schon aus dem Art. 1 des Einführungsgesetzes.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist mit dem Tode des Erblassers der gesetzliche Erbe Erbe, soweit er nicht vor dem Erbfalle verzichtet hat (B.G.B. § 2346) oder durch den Erblasser ausgeschlossen oder beschränkt ist.

Es war also in den obigen Fällen die Frage zu prüfen, ob in den betreffenden Eheverträgen ein Verzicht des überlebenden Ehe-

Digitized by Google

gatten auf das gesetzliche Erbrecht oder eine Ausschließung desselben von solchem Erbrechte durch den vorverstorbenen zu erblicken ist. Bei der Auslegung des Willens der Vertragschließenden ist, wie auch das Oberlandesgericht Köln annimmt, zu ermitteln, was die Erklärenden zur Zeit der Errichtung des Vertrages gewollt haben. Gewollt ist danach in beiden Fällen unzweifelhaft, daß der Überlebende auf den Kindesteil Erbe des Zuerstversterbenden werden soll. Diese Wirkung erhält nun, da der Todesfall nach dem 31. Dez. 1899 eingetreten ist, ihre rechtliche Gestaltung durch das Bürgerliche Gesetzbuch. Im Spiegel des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist der Überlebende ein gesetzlicher Erbe, dessen Erbrecht bereits durch den Erblasser seine Regelung in einer in Beihalt von Art. 214 EG. gültigen Verfügung von Todes wegen gefunden hat. Der Erblasser hat ihm einen Kindesteil und nur einen Kindesteil zuwenden wollen; sein Erbrecht ist also hierauf beschränkt. Für die Annahme dieser Folge bedarf es weder der ergänzenden Vorschrift des Mecklenburgischen Rechts (s. o. S. 329 Anm. 1) noch der vom Reichsgericht per argumentum a contrario aus Art. 213 E.G. gefolgerten Fiktion, daß eine nach Art. 214 E.G. errichtete ältere Verfügung von Todeswegen, wenn der Erblasser nach dem 31. Dez. 1899 verstorben ist, ebenso zu beurteilen sei, als wenn sie unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches errichtet wäre. Es ist bedenklich, einen solchen Satz zu unterschreiben, die möglicherweise daraus zu ziehenden Folgerungen möchten der Absicht des Urhebers nicht entsprechen.

Gesetzliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten, dem der nach dem 1. Jan. 1900 verstorbene Ehegatte die Nutznießung seines Vermögens vor diesem Tage von Todeswegen zugewendet hat.

15. Die am 28. April 1900 verstorbene Ehefrau des Klägers hat ihm im Ehevertrage von 1898 für den Fall ihres kinderlosen Ablebens die lebenslängliche Nutznießung an ihrem ganzen Vermögen geschenkt. Kläger beansprucht nun als gesetzlicher Erbe die Hälfte des Nachlasses und auf Grund der Schenkung die Nutznießung an der anderen Hälfte. Entsprechend dem Antrage der beklagten Mutter und Geschwister der Verstorbenen wurde jedoch festgestellt, daß dem Kläger nur die Wahl zwischen dem gesetzlichen Erbteil und dem Nießbrauch zusteht; denn die Erblasserin werde nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches beerbt, anderseits bleibe auch die Schenkung rechtsbeständig; diese gelte nach § 2301 B.G.B. in Verbindung mit den §§ 2087, 2147 und 2278 als Vermächtnis. An wen der Rest des Nachlasses fallen soll, hat die Erblasserin nicht bestimmt. Bezüglich des Eigentums an den der Nutznießung unterworfenen Gegenständen tritt daher die gesetz-

Digitized by Google

liche Erbfolge ein. Da die Erblasserin nur Erben der zweiten Ordnung hinterlassen hat, ist der Kläger als gesetzlicher Erbe zur Hälfte der Erbschaft berufen.

Für die Entscheidung der Frage, welcher Einfluß auf das gesetzliche Erbrecht des Klägers jener Schenkung einzuräumen ist, ist der in dieser letztwilligen Verfügung niedergelegte Willen der Erblasserin maßgebend. Bei dessen Auslegung greifen zwar die Auslegungsregeln des neuen Rechts, insbesondere § 133 B.G.B., Platz. Aber bei Erforschung des Willens selbst muß auf die Zeit der Errichtung der Verfügung zurückgegangen werden, müssen die damals bestehenden thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und insbesondere das damals geltende Recht eine weitgehende Berücksichtigung finden.[1]) Seine rechtliche Bedeutung erhält dann dieser so gefundene Wille aus dem neuen Rechte, gerade so, als wenn unter dessen Geltung die Verfügung im Ehevertrage getroffen worden wäre.

Geht man von diesen Gesichtspunkten aus, so kann von einer Absicht der Erblasserin, den Kläger von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen, keine Rede sein, da der Kläger zur Zeit des Vertrages noch nicht erbberechtigt und der Erblasserin das zukünftige Recht noch unbekannt war. — —· —

Bei ihrer Schenkung ging die Erblasserin von der Voraussetzung aus, der Kläger werde kraft eigenen Rechts aus ihrem Nachlasse nichts erhalten und machte ihm als Ersatz dafür die streitige Zuwendung. Man würde also anderseits ihrem klar ausgedrückten Willen zuwiderhandeln, wenn man dem Kläger neben dem Nießbrauche auch noch den gesetzlichen Erbteil zusprechen wollte. Der Kläger kann hiernach zwar den gesetzlichen Erbteil beanspruchen, daneben aber nicht auch den geschenkten Nießbrauch. Aber er ist durch nichts gehindert, das eine oder das andere zu nehmen; eine Verpflichtung seinerseits, die Erbschaft oder die Schenkung anzunehmen, besteht nicht. O.L.G. Colmar II. C.S., U. v. 27. Nov. 1901, R.O. IV Nr. 34a.

Laut Akt vom 3. April 1895 wendete der am 4. Januar 1900 verstorbene Z. seiner Frau die unentgeltliche kautionsfreie Nutznießung seines gesamten Nachlasses zu. Geklagt wurde gegen seine Witwe auf Feststellung, daß ihr kein Erb-, auch kein Pflichtteilsrecht zustehe, hilfsweise darauf, daß ihr nur der Pflichtteil zustehe und daß sie sich auf ihn das Vermächtnis jener Nutznießung müsse

[1]) S. auch O.L.G. Colmar, B. v. 13. Febr. 1901. S.A. 56 Nr. 180.

Digitized by Google

anrechnen lassen. Widergeklagt war auf Feststellung des gesetzlichen Erbrechts der Witwe.

Die Widerklage ist abgewiesen. Mit Recht ist der erste Richter von folgenden Gesichtspunkten ausgegangen. Da der Erblasser nach dem 31. Dezember 1899 verstorben, ist gemäß Art. 213 E.G. für die erbrechtlichen Verhältnisse im vorliegenden Falle das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend. Aber die Anwendung des neuen Rechts wird, insoweit es sich nicht um zwingende Vorschriften handelt, gemäß Art. 214 E.G. durch die vorliegende unter der Herrschaft des alten Rechts errichtete letztwillige Verfügung beeinflußt. Abgesehen von jener Ausnahme ist das neue Recht nicht anzuwenden, wenn sich aus der Verfügung ein entgegengesetzter Wille des Erblassers ergibt. Demnach ist der Sinn der Verfügung und zwar an der Hand der zur Zeit ihrer Errichtung geltenden Gesetzgebung zu ermitteln (J.W. 1901 S. 645 ff.). Auch der ferneren Ansicht des Erstrichters ist beizutreten, daß die der Form und dem Inhalte nach gültige unter der Herrschaft des Code civil errichtete, auch nach dem B.G.B. rechtsgültige Verfügung des Erblassers dessen Willen bekundet, daß seine Frau nur die vermachte Nutznießung erhalten, die Substanz seines Vermögens dagegen nicht etwa an seine gesetzlichen Erben, wer sie auch sein möchten, sondern an seine Verwandten fallen sollte. Danach hat er seine Frau, abgesehen von dem, was er ihr durch die Schenkung vom 3. April 1895 zugewendet hat, von seinem Nachlasse ausschließen wollen. Dies ergibt sich aus folgenden Thatsachen. Gleichzeitig mit der ihr vom Manne zu teil gewordenen Schenkung hat die Frau ihn durch besondere Urkunde in gleicher Weise bedacht. Die gegenseitigen Schenkgeber sind über 80 Jahre alt, lebten in kinderloser Ehe und es kam für sie lediglich die Fortdauer des bisherigen Zustandes bis zum Tode des Überlebenden in Betracht. Nach dem früheren Rechte beerbten Ehegatten einander nicht. Dafür, daß etwa die Schenkenden 6 Jahre vor Einführung des B.G.B. an eine künftige Änderung der Erbfolgeordnung gedacht und für diesen Fall sich ein Vorvermächtnis hätten zuwenden wollen, liegt nicht der geringste Anhaltspunkt vor. Gerichtsbekanntermaßen entspricht es einer in Elsaß-Lothringen weit verbreiteten Übung, die Fürsorge für den überlebenden Ehegatten auf die Zuwendung eines Nießbrauchs zu beschränken mit dem Willen, daß hiermit die Zuwendung an ihn erschöpft sein solle. O.L.G. Colmar I. C.S., U. v. 14. März 1902. R.O. IV Nr. 107 b.

§§ 2078, 2079. 16. Der am 11. Januar 1901 in seinem Wohnorte Rostock

Digitized by Google

kinderlos verstorbene Erblasser der Parteien, der in zweiter Ehe mit der Beklagten verheiratet war, hatte mit seiner im Jahre 1889 kinderlos verstorbenen ersten Ehefrau am 13. Febr. 1883 in Rostock ein gemeinschaftliches Testament errichtet, das am 23. August 1889 eröffnet worden ist. In diesem Testamente haben die Eheleute einzeln gegenseitig sich selbst und unter anderen die beiden Kläger als Erben eingesetzt und gemeinschaftlich unter anderen der Beklagten, die als „Wirtschafterin Fräulein Karoline N." bezeichnet ist, 3000 Mk. und einzelne Mobiliargegenstände vermacht. Die Beklagte hat in ihrer an das Nachlaßgericht gerichteten Eingabe vom 16. März 1901 die Erklärung abgegeben, daß sie jenes Testament, da sie in ihm nicht als Erbin eingesetzt sei, auf Grund des § 2079 B.G.B. anfechte und nach §§ 1931, 1932 B.G.B. die Hälfte des Nachlasses und den ehelichen Haushalt beanspruche. Die Kläger haben deshalb gegen sie Klage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß der Beklagten das Anfechtungsrecht nicht zustehe. Dem Klageantrag ist in erster und zweiter Instanz stattgegeben, die Revision ist zurückgewiesen.

Die Testamentsanfechtung der Beklagten bezweckt nicht die Erlangung des Pflichtteils, sondern des gesetzlichen Erbteils (§§ 1931, 2303 B.G.B.). Maßgebend für die Anfechtung ist § 2079 B.G.B., welcher lautet:

> Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde.

Für die Anfechtung seitens der Beklagten kann es sich nur darum handeln, ob die Voraussetzung des § 2079 zutrifft, daß der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, der erst nach der Errichtung der Verfügung pflichtteilsberechtigt geworden ist. Da nun die Beklagte zur Zeit des Erbfalls pflichtteilsberechtigt nach § 2303 war, aber es erst nach der Errichtung der Verfügung geworden ist, so hängt das Anfechtungsrecht derselben allein davon ab, ob sie in der Verfügung übergangen ist. Diese Frage ist verneint, da begrifflich von einem Übergehen nur die Rede sein kann, wenn dem Betreffenden in der angefochtenen Verfügung keinerlei Zuwendung gemacht ist. Diese

Digitized by Google

Voraussetzung fehlt hier, da der Beklagten 3000 Mk. und verschiedene Mobiliargegenstände vermacht sind, und bei dem gesetzlichen Erfordernis, daß der Betreffende erst nach der Errichtung der letztwilligen Verfügung pflichtteilsberechtigt geworden ist, diese Zuwendung nicht deshalb bedeutungslos sein kann, weil sie ihm nicht in Beziehung auf sein Pflichtteilsverhältnis gemacht ist.

Auch der etwa aus § 2078 B.G.B. (Irrtum) zu entnehmende Anfechtungsgrund, daß der Erblasser die Kläger nicht zu Erben eingesetzt und die Beklagte nicht mit einem Vermächtnisse abgefunden haben würde, wenn er vorausgesehen hätte, daß er die Beklagte demnächst heiraten werde, würde nicht einfach auf den Hinweis gestützt werden können, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung sich über die Gestaltung seiner Zukunft im unklaren befunden habe, sondern es wäre die Angabe bestimmter Thatsachen erforderlich gewesen, aus denen geschlossen werden könnte, daß der Erblasser die Verfügung nicht getroffen hätte, wenn er gewußt hätte, wie sich sein Verhältnis zur Beklagten gestalten werde. Nicht bloß der Umstand, daß es an der Angabe solcher Thatsachen fehlt, sondern auch der Umstand, daß der Erblasser nicht nachträglich, nachdem er die Beklagte geheiratet hatte, seine Verfügung geändert oder überhaupt nur mißbilligt habe, spricht gegen den angeblichen Irrtum des Erblassers.

Kann deshalb auch auf solchen Irrtum das Anfechtungsrecht nicht gestützt werden, so bedarf die Frage, ob die Beklagte, nachdem sie in ihrer Anzeige an das Nachlaßgericht den § 2079 B.G.B. als Anfechtungsgrund angegeben hatte, überhaupt noch befugt gewesen sei, ihre Anfechtung auf § 2078 B.G.B. zu stützen, keiner Erörterung.

Reichsger. IV. C.S., U. v. 3. März 1902, E.R.G. 50 Nr. 54.

Testamentsvollstrecker §§ 2197-2228.

17. Das „Amt" des Testamentsvollstreckers (B.G.B. § 2197 Abs. 2, § 2202) gestaltet sich zu einen zivilrechtlich selbständigen, mit besonderen Rechten und Pflichten ausgestatteten, welche teils auf der letztwilligen Verfügung des Erblassers, teils auf den diese ergänzenden Vorschriften des Gesetzes beruhen. Der Testamentsvollstrecker erscheint danach an sich weder als Vertreter des Erblassers, noch des Nachlasses, noch auch des Erben.[1]) Dies schließt nicht aus, daß ihm durch besondere Vorschrift in ge-

[1]) In Prozessen, welche der Testamentsvollstrecker kraft seines Verwaltungsrechts mit Dritten führt, ist der Erbe nicht Partei, derselbe kann also als Zeuge vernommen werden, O.L.G. Hamburg I. C.S., U. v. 6. Nov. 1901. R.O. IV Nr. 32a.

Digitized by Google

wisser Beziehung die Vertretung, beispielsweise des Erben, übertragen wird, wie dies durch § 2205 B.G.B. der Fall ist. Wie der Testamentsvollstrecker aber zur Verwaltung des Nachlasses nach § 2217 nur soweit berechtigt ist, als es zur Erfüllung seiner Obliegenheiten erforderlich ist, so gehören anderseits auch schon nicht zur Verwaltung des Nachlasses solche Thätigkeiten, welche die Rechtsstellung des Erben als solchen definitiv zu verändern geeignet sind; dahin gehört das Recht die Erbschaft auszuschlagen, ebenso aber auch diejenigen Rechtsbehelfe, welche dem Erben gegeben sind, um die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaßbestand herbeizuführen, nämlich die Beantragung der Nachlaßverwaltung, des Nachlaßkonkurses und in Zusammenhang damit die Möglichkeit, innerhalb einer auf Antrag eines Gläubigers zu setzenden Frist das Inventar zu errichten, und ferner das Recht, das erbschaftliche Gläubigeraufgebot zu beantragen. Auf diesem Standpunkte stehen die Motive des ersten Entwurfs, welche dem Testamentsvollstrecker jene Befugnisse — abgesehen von der dem ersten Entwurfe noch unbekannten Nachlaßverwaltung — absprechen (V, S. 240).

Abweichend hiervon hat die zweite Kommission (s. die Darlegung bei Meischeider, letztwillige Verfügungen S. 509—511) aus dem praktischen Gesichtspunkte, daß der Vollstrecker am besten in der Lage sei, die Kräfte des Nachlasses zu beurteilen, demselben die Befugnis zugestanden, den Nachlaßkonkurs zu beantragen und es als folgerichtig bezeichnet, daß ihm dann auch das Recht auf Beantragung des Gläubigeraufgebots gegeben werde (§ 205 K.O. und § 991 Abs. 2 C.P.O.). Von einer Befugnis, die Nachlaßverwaltung zu beantragen, ist jedoch nichts erwähnt und es erscheint unzulässig, die gedachten Ausnahmen unter Berufung auf angeblich hier in gleichem Maße bestehende Zweckmäßigkeitsrücksichten im Wege der Analogie auf solche Befugnis zu übertragen. Dieselbe Ansicht vertritt Frommhold, Kommentar zu § 2295 Anm. 4, welcher mit Recht darauf hinweist, daß der Vollstrecker sich durch solchen Antrag einer ihm ausdrücklich übertragenen Pflicht in unzulässiger Weise (vgl. § 2226 B.G.B.) entziehen würde. L.G. Hamburg, B. v. 13. Dez. 1900, H.G. Beibl. 22 Nr. 90.

Eingetragene Eigentümer sind A zur Hälfte, B, C und der Beschwerdeführer D zu je $^1/_6$. A ist 1901 gestorben und B und dessen Nachkommenschaft, sowie die beiden Miteigentümer C und D zu Erben berufen. Nach § 2 des Testamentes sollen die Erben den Grundstücksanteil des Erblassers zu gleichen Rechten und Anteilen den

Digitized by Google

Stämmen nach erben. — — Zum Vollstrecker ist D ohne weitere Festsetzungen ernannt. Er hat das Amt angenommen und will jetzt von dem Anteile des Erblassers je $^1/_3$ an sich selbst und an den Miterben C auflassen. Die Vorinstanzen erachten ihn dazu nicht für befugt und fordern die Mitwirkung der übrigen Erben. Die weitere Beschwerde ist nicht begründet:

Zur Umsetzung des auf die Erben des A gediehenen Anteils in anderweite Bruchteile zu gunsten des C und D bedarf es der Auflassung. Denn auf die Übertragung des Miteigentums an einem Grundstücke finden die Grundsätze wegen der Übertragung des Alleineigentums Anwendung (vgl. § 948 Entw. I B.G.B., der als selbstverständlich gestrichen ist; Prot. 3 S. 276, Planck, Vorbem. zu §§ 1008 ff. B.G.B. Anm. 3 e). Wenn daher dieses auf mehrere vererbte und sonach Gesamteigentum der Erben gewordene Miteigentum aufs neue in Bruchteile für die einzelnen Erben zerlegt werden soll, so handelt es sich um eine durch Auflassung zu bewirkende Rechtsänderung. Die Teilungsanordnung, auf welcher die Zerlegung beruht, hat keine dingliche Kraft, sie ist lediglich die obligatorische Grundlage des Eigentumswechsels. Die Frage ist hiernach nur, ob der Vollstrecker die Teilung vornehmen, also die Auflassung der Anteile der Miterben an die durch das Testament bezeichneten Erwerber vollziehen kann, obwohl er selbst Miterbe ist und einen Bruchteil erhalten soll. Die testamentarische Bestimmung, wonach jeder der drei Erbstämme ein Dritteil des Miteigentums der Erblasserin am Grundstücke übernehmen soll, gibt jedem einen Anspruch gegen den anderen auf die Ausführung des letzten Willens durch Abschluß des entsprechenden dinglichen Vertrages (§§ 2048, 2049, Planck Anm. 2 zu § 2048). Wäre der Vollstrecker nicht Miterbe, so würde er die Auseinandersetzung unter den Erben gemäß den Anordnungen des Erblassers vornehmen und namentlich die Auflassung der überwiesenen Bruchteile an die Erwerber ohne deren weitere Mitwirkung erteilen können (vgl. § 2204, Prot. 5 S. 274, Z. I Abs. 3). Bedenken ergeben sich aber im vorliegenden Falle, wo der Vollstrecker zugleich Miterbe und Erwerber ist, auch dann, wenn man jenen als Vertreter der Erben ansehen und den § 181 B.G.B. für anwendbar erachten wollte. Denn es ist fraglich, ob mit dem Landgerichte anzunehmen ist, daß es sich bei nur teilweiser Ausführung der testamentarischen Verfügung nicht ausschließlich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit der Erben unter einander handelt. Die Frage kann auf sich be-

Digitized by Google

ruhen, weil es nicht richtig ist, daß der Vollstrecker als Vertreter der Erben zu gelten habe. Schon der erste Entwurf spricht von dem Amte des Vollstreckers (§§ 1889, 1891, 1892, 1894—1896, 1900 Motive 5 S. 219, 221), ohne indessen die Vertretungstheorie auszuschließen; der Vollstrecker wird in § 1903 I bei Prozessen, in denen ein zum Nachlasse gehöriges Recht geltend gemacht wird, als gesetzlicher Vertreter des Erben bezeichnet. Die zweite Kommission hat diese Theorie aufgegeben; der § 1903 I ist als unvereinbar mit den sonstigen, den ersten Entwurf abändernden Beschlüssen, namentlich über die Verfügungsmacht des Vollstreckers, dahin umgestaltet, daß dieser schlechthin, aus eigenem Rechte, zur Führung von Aktivprozessen für den Nachlaß legitimiert ist (§§ 2212, 2205 B.G.B. Prot. 5 S. 270, 289 f., 296). Wenn noch Zweifel daran bestehen könnten, daß der Vollstrecker die Erben nicht vertritt, so sind sie durch die Novelle zur C.P.O. beseitigt. Der § 327 wäre überflüssig, wenn der Vollstrecker Vertreter der Erben wäre; die Vorschrift wird, ebenso wie der die Passivprozesse betreffende Abs. 2 des § 327 in der Begründung damit gerechtfertigt, daß der Vollstrecker die Befugnis zur Prozeßführung wie seine sonstigen Befugnisse zu eigenem Recht habe, er sei nicht, wie der Nachlaßpfleger, Vertreter des Erben. Es verstehe sich daher keineswegs von selbst, daß ein zwischen dem Vollstrecker und einem Dritten ergehendes Urteil, wenn der Vollstrecker zur Führung des Prozesses berechtigt gewesen sei, für und gegen den Erben wirke, vielmehr bedürfe es, um das zu erreichen, besonderer Vorschriften. Man hat demnach, wie dies auch überwiegend in der Litteratur geschieht (Planck, Vormerkungen zum 6. Titel des 3. Abschn. des 5. Buches Anm. 2), die Stellung des Vollstreckers als ein Amt zu betrachten, das er zu eigenem Recht, aber in fremdem Interesse ausübt und das natürlich kein öffentliches Amt ist. Er ist der vom Willen des Erben grundsätzlich unabhängige Träger der Rechte und Pflichten, die sich gemäß dem Willen des Erblassers und dem Gesetz aus der Vollziehung des Testaments ergeben. Von diesem Standpunkte aus ist der Vollstrecker, der zugleich Miterbe ist, von der Vornahme der Erbteilung mit Wirkung gegen und für die Erben ausgeschlossen, es sei denn, daß der Erblasser ein anderes bestimmt habe. Mit dem Amte ist unvereinbar, daß es zu eigenen Gunsten ausgeübt werde, und daß derjenige, der fremde Interessen zu wahren berufen ist, im Interesse seiner selbst thätig werde. Insoweit wird er zur Ausübung seines Amtes unfähig, wie es der

Digitized by Google

Richter wird, wenn er in eigener Sache entscheiden soll, oder der Urkundsbeamte, der in eigener Sache eine Urkunde aufnehmen soll. Daß im einzelnen Falle der Erblasser durch abweichende Festsetzungen auch diese Unfähigkeit beseitigen kann, weil es sein Wille ist, auf dem das Amt des Vollstreckers beruht, muß zugegeben werden, kommt aber vorliegend nicht in Betracht, weil der Erblasser keine dahin gehende Bestimmung getroffen hat.[1]) Kammerger. I. C.S., B. v. 10. März 1902. R.O. IV Nr. 105 a.

Die Versteigerung der Güter der Erblasserin hat der Testamentsvollstrecker bewirkt. Die Befugnis dazu leitet er keineswegs von den Erben her; denn das Rechtsverhältnis zwischen den letzteren und dem Vollstrecker deckt sich nicht mit demjenigen zwischen Auftraggeber und Beauftragten. Durch § 2218 B.G.B. sind nur einzelne der für den Auftrag geltenden Vorschriften auf das zwischen den bezeichneten Personen bestehende Rechtsverhältnis für entsprechend anwendbar erklärt. Schon diese nur beschränkte Anwendbarkeitserklärung weist unzweideutig darauf hin, daß der Gesetzgeber im allgemeinen den Vollstrecker nicht als Beauftragten der Erben angesehen wissen wollte. Der Wille der Erben hat für den Vollstrecker keinerlei bindende Kraft. Er ist nicht berufen, etwa die Vereinbarung der Erben zur Geltung zu bringen, sondern nach § 2203 hat er die Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Wenn darum seine Handlungen für die Erben bindend sind und er in diesem Sinne die Erben vertritt, so kann er gleichwohl nicht als ihr Beauftragter im gewöhnlichen Sinne des Wortes angesehen werden. Die schon in der Begründung des ersten Entwurfs (Motive 5 S. 227) hervortretende Auffassung, die den mit einer Auflage beschwerten Erben im Verhältnis zum Vollstrecker als Geschäftsherrn bezeichnet, ist schon in der zweiten Kommission (vgl. Prot. 5 S. 270) ohne Widerspruch als unzutreffend zurückgewiesen. Daher kann denn auch § 181 B.G.B. auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung finden, weil er nicht Vertreter irgend eines Rechtssubjekts ist, sondern weil er sein Amt auf Grund des vom Gesetze getragenen letzten Willens des Erblassers ausübt zum

[1]) Es fragt sich nur, ob in der Ernennung eines Miterben zum Testamentsvollstrecker nicht ohne weiteres eine solche Bestimmung von weitgehender Bedeutung zu erblicken ist. Diese Frage ist m. E. unbedenklich zu bejahen; denn andernfalls würde die Ernennung des Vollstreckers fast zwecklos erscheinen, und man wird doch annehmen können, daß der Erblasser gerade durch die Ernennung auch im vorliegenden Falle die sonst damit verbundenen Ziele verfolgt.

Digitized by Google

Zwecke der Vollziehung dieses Willens. Nachdem letzterer in der Versteigerung in einer allen in Betracht kommenden Interessen genügenden Weise seine teilweise Vollziehung gefunden, besteht für den Vollstrecker ein Hindernis nicht, die Liegenschaften sich selbst zuschlagen zu lassen und die Auflassungserklärung abzugeben. Der Umstand, daß bei der letzteren der Vollstrecker in doppelter Eigenschaft (auch als Erwerber) handelt, bildet für die Zulässigkeit kein Hindernis, weil die Abgabe der Erklärung durch eine Person, die sowohl die Veräußerer als den Erwerber vertritt, nicht zu beanstanden ist (vgl. Fuchs, Grundbuchrecht § 925 S. 214). O.L.G. Colmar II. C.S., B. v. 26. März 1902. R.O. IV Nr. 105 b.

In der Anordnung einer gerichtlichen Pflegschaft für die Bedachten in Ansehung der Zuwendung über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus kann die Bestellung eines Testamentsvollstreckers liegen. Kammerger. I. C.S., B. v. 25. Nov. 1901. R.O. IV Nr. 32 b.

Wenn der Erblasser mehrere Testamentsvollstrecker ernannt hat, so war seine Absicht, daß sein Nachlaß von ihnen gemeinschaftlich unter solidarischer Verantwortlichkeit verwaltet werde. Hat nun der Erblasser nicht noch ausdrücklich Bestimmungen getroffen, in welcher Weise die Vollstrecker die Nachlaßgeschäfte abwickeln sollen, so ist es nicht Sache des Gerichts, auf die Prüfung des internen Verhältnisses der Vollstrecker zu einander bei Verwaltung des Nachlasses näher einzugehen. Hat der eine Testamentsvollstrecker dem anderen Generalvollmacht erteilt, so liegt darin ein Akt der Geschäftsführung. Nach den Motiven (Bd. V S. 225) steht dem Nachlaßgericht eine weitere Aufsicht in Ansehung der Geschäftsführung, als die in dem § 2227 B.G.B. vorgesehene nicht zu. Das Gericht durfte daher, weil sich aus dem unmittelbaren Inhalt des Testaments nicht ergibt, daß ein Vollstrecker mandatwidrig handelt, wenn er bei Beibehaltung des Amtes die Verwaltung einem anderen übertragen hat, gar nicht prüfen, ob der eine Vollstrecker dem anderen Generalvollmacht erteilen durfte. L.G. Hamburg, B. v. 23. Juli 1900, H.G. Beibl. 22 Nr. 30.

Von gleichen Erwägungen geht aus die Entscheidung des Oberlandesgerichts auf die weitere Beschwerde gegen die vorstehend abgedruckte Entscheidung. O.L.G. Hamburg, B. v. 16. Mai 1900, H.G. Beibl. 21 Nr. 95.

Zwischen den beiden Testamentsvollstreckern besteht eine Meinungsverschiedenheit über die Auslegung des Testaments nach der Richtung,

Digitized by Google

ob die auf den Namen des Erblassers eingetragenen Grundstückshypotheken im Sinne der testamentarischen Verfügung „daß der bewegliche Nachlaß alsbald zu verteilen sei“ zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen gehören. Ob das eine oder andere richtig ist, ist jedenfalls zweifelhaft. Diesen Zweifel zu heben, ist nicht Sache des Nachlaßgerichts, vielmehr ist es dem einzelnen Erben zu überlassen, vermeintliche Ansprüche nach dieser Richtung im Wege des Prozesses gegen die Testamentsvollstrecker zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Soweit das Nachlaßgericht in Frage kommt, handelt es sich nur um eine Entscheidung über die Führung des den gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckern anvertrauten Amtes (§ 2224 Abs. 1). Nach dieser Richtung wird man den Widerspruch des einen Vollstreckers für berechtigt halten müssen, wenn nur begründete Zweifel über die Auslegung des Testamentes bestehen, da man einem einzelnen Testamentsvollstrecker nicht zumuten darf, auf eigenes Risiko eine Verteilung vorzunehmen. Wenn die Zulässigkeit einer Verteilung zweifelhaft ist, so wird bei einer Meinungsverschiedenheit die Meinung desjenigen den Vorzug verdienen, der in weiterer Auslegung des Willens des Erblassers den Bestand der Masse so lange aufrecht erhält, bis die beteiligten Erben ihren anderweitigen Rechtsstandpunkt nachgewiesen haben. L.G. Hamburg, B. v. 24. März 1900, H.G. Beibl. 21 Nr. 71.

Sind mehrere Testamentsvollstrecker ernannt, so muß in dem Zeugnis über ihre Ernennung angegeben werden, was über die Führung ihres Amtes abweichend vom Gesetze im Testamente bestimmt ist; insbesondere eine Bestimmung dahin, daß zur Legitimation nach außen genügt, wenn auch nur zwei handelnd auftreten. Das Gesetz will, daß der Inhalt des Zeugnisses die Legitimation des Vollstreckers klarstellen und ein Zurückgehen auf das Testament nach Möglichkeit erübrigen soll, es darf also auch beim Vorhandensein mehrerer Testamentsvollstrecker das denselben zu erteilende Zeugnis über ihre Legitimation keinen Zweifel lassen. Mehrere Testamentsvollstrecker führen nach § 2224 B.G.B. das Amt gemeinschaftlich. Der Erblasser kann aber ein anderes anordnen; er kann für die Vertretung nach außen, sei es überhaupt oder hinsichtlich eines bestimmten Wirkungskreises, den einzelnen selbständig stellen oder eine geringere Zahl als die eingesetzte für ausreichend erklären. Dadurch wird die Legitimation der Testamentsvollstrecker beeinflußt. Bei einer Abweichung von der gesetzlichen Regel kann also die bloße Angabe der Ernennung nicht genügen, es muß vielmehr die Ab-

Digitized by Google

weichung im Zeugnisse hervorgehoben werden, damit der Legitimationspunkt klargestellt werde, bei mehreren Testamentsvollstreckern also angegeben werden, was über die Führung ihres Amtes anders als im Gesetz bestimmt ist. Kammerger. I. C.S., B. v. 1. Juli 1901, E.A.F.G. II, S. 167 ff. R.O. II Nr. 97 c.

Das Nachlaßgericht als solches ist gegenüber den Erben und dem Testamentsvollstrecker nicht befugt, materiellrechtliche Entscheidungen über die Art der Nachlaßverwaltung oder die Art und Zeit der Auseinandersetzung zu treffen — abgesehen von dem Falle des § 2224 B.G.B. Besteht in dieser Beziehung Streit zwischen dem Vollstrecker und den Erben oder einigen von ihnen, so sind diese Streitigkeiten auf dem ordentlichen Prozeßwege auszutragen, nicht aber durch eine Entscheidung des Nachlaßgerichts als solchem. Dies gilt insbesondere auch von Streitigkeiten über die Art und den Plan, nach deren Maßgabe die Auseinandersetzung der Erben erfolgen soll, wenn der Vollstrecker Maßregeln getroffen hat oder in Aussicht stellt, von denen der Erbe meint, daß sie seine Rechte auf den Nachlaß verletzen. Kammerger. F.C.S., B. v. 2. Aug. 1901, R.O. III Nr. 97 b.

Errichtung des Testamentes. §§ 2229-2252.

18. Für die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder Notar gelten gemäß § 2232 B.G.B. die Vorschriften der §§ 2233—2346, von denen §§ 2233—2237 die mitwirkenden Personen — Richter, Notar, Gerichtsschreiber, Zeugen — §§ 2238, 2239 den Errichtungsakt, §§ 2240—2242 das Protokoll, §§ 2243, bis 2245 das Testament des am Sprechen verhinderten oder der deutschen Sprache nicht mächtigen Erblassers, § 2246 den Verschluß und die Verwahrung des Testamentes betreffen. Diese Vorschriften verfolgen den Zweck, das Verfahren der Testamentserrichtung in ordentlicher Form vor einem Richter oder Notar in umfassender, der Eigenart der Testamente als Rechtsgeschäfte von Todes wegen Rechnung tragender Weise (vgl. § 168 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit vom 20. Mai 1898) zu ordnen, und dieser Zusammenhang ist für die Auslegung der einzelnen Vorschriften und für die Bestimmung ihres Inhalts von um so größerer Bedeutung, wenn die erkennbare Tendenz der einzelnen Bestimmung dahin geht, die Formungültigkeit eines Testamentes thunlichst abzuwenden. Um eine Bestimmung der letzteren Art handelt es sich aber im vorliegenden Falle,[1]) wo in Frage steht, ob das Testament der

[1]) Das Errichtungsprotokoll lautete: „Königl. Amtsgericht Friedland. Verhandelt Görbersdorf, den 29. März 1901. Auf Antrag des .... hatten sich die

Digitized by Google

allerdings zwingenden Vorschrift in § 2241 Nr. 2 genügt, die dahin geht „das Protokoll muß enthalten: 2. Die Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen.“ Der § 1919 des Entwurfs erster Lesung, an dessen Stelle schließlich die §§ 2240—2242 des Gesetzes selbst getreten sind, enthielt in Abs. 2 Nr. 2 und 4 die Vorschrift, daß das Protokoll „den Namen“ einer jeden bei der Errichtung mitwirkenden Person, sowie den „Namen“ des Erblassers enthalten müsse. Bei den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs wurde das Wort „Namen“ durch „Bezeichnung“ ersetzt, allerdings aus einem Grunde, der an sich die Änderung nur in Ansehung des Erblassers und der als „Zeugen“ mitwirkenden Personen rechtfertigen konnte, indem erwogen wurde, daß der Gebrauch eines unrichtigen, aber gebräuchlichen Namens leicht auch bei der Testamentserrichtung unterlaufen könne, daß hieraus aber bei anderweit vorhandener Sicherheit über die Persönlichkeit des Erblassers und der Zeugen ein Nichtigkeitsgrund nicht abgeleitet werden dürfe (vgl. Prot. 5 S. 337). Indes der allgemeine Grund der vorgenommenen Änderung, die ebenso wie ihre Begründung in den weiteren gesetzgeberischen Stadien unwidersprochen geblieben ist, ist doch das Bestreben, der Ungültigkeit der Beurkundung von Testamenten thunlichst vorzubeugen, und dieses ist daher für die Tragweite der Bestimmung in § 2241 Nr. 2 überhaupt mit heranzuziehen.

Was unter dem im § 2241 gebrauchten Worte „Bezeichnung“ zu verstehen ist, kann nach dem gewöhnlichen, hier maßgebenden Sprachgebrauche nicht zweifelhaft sein, es werden Angaben erfordert, welche die Person des Erblassers und der Mitwirkenden, der letzteren zugleich nach der Art ihrer Mitwirkung, genügend erkennbar machen. Müßte mit dem Landgerichte, das unter Hinweis auf § 2246 zutreffend annimmt, daß erst durch die Unterschriften der bei der Beurkundung mitwirkenden Personen das Protokoll zum Abschluß gelangt, weiter angenommen werden, daß, weil somit deren Unterschriften einen wesentlichen Bestandteil des Protokolles bilden, letzteres auch eine Bezeichnung der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen im Sinne des § 2241 Nr. 2 schon dann enthalte, wenn diese

unterzeichneten Gerichtspersonen zwecks Errichtung einer letztwilligen Verfügung hierherbegeben.“ Daran schließt sich die Feststellung der Persönlichkeit des Erblassers, sodann die Erklärung seines letzten Willens, worauf es heißt: „Das Testament ist dem Erblasser vorgelesen, von ihm genehmigt und wie folgt unterschrieben worden. M. v. W. Geschlossen. S., Amtsrichter. R., Sekretär.“

Digitized by Google

am Schluß mit Namen und Stand bezeichnet sind, so würde im vorliegenden Falle dem gesetzlichen Erfordernisse allerdings schon durch die Vollziehung des Protokolles seitens des Richters und des Gerichtsschreibers genügt sein. Indes die hiergegen sich ergebenden Zweifel, welche in der bei Beurkundungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen gebotenen Unterscheidung zwischen dem eigentlichen Texte der Urkunde, enthaltend insbesondere die Erklärung der Beteiligten (vgl. § 168 Satz 2 des Gesetzes über d. A. d. fr. G. v. 17. Mai 1898) und der Beurkundung der Urkundspersonen, d. h. der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen, ihren Grund haben, sind nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Das Berufungsgericht läßt diese Bedenken dahin gestellt, indem es für die Bedeutung der Vorschrift, daß das Protokoll die „Bezeichnung" der mitwirkenden Personen enthalten muß, den Zweck für entscheidend erachtet, der darin gefunden wird, daß dadurch die Identität derjenigen Personen, welche bei Aufnahme des Protokolles mitgewirkt haben, mit denjenigen, welche das Protokoll unterschrieben haben, festgestellt wird. Dieser Zweck sei durch die Fassung des Testamentsprotokolles erreicht. „Denn die eingangs des Protokolles stehenden Worte „„die unterzeichneten Gerichtspersonen"" in Verbindung mit den Unterschriften" — so wird ausgeführt — „lassen keinen Zweifel darüber zu, daß das Protokoll von denjenigen Personen, welche es unterschrieben haben, aufgenommen ist .... Allerdings ist der Klägerin darin zuzustimmen, daß, soweit das Protokoll ergibt, die Unterschriften der mitwirkenden Personen der Erblasserin nicht vorgelesen sind, daß sonach wenigstens nach dem Wortlaute des Protokolles die Erblasserin die Namen der mitwirkenden Personen nicht kennen gelernt hat. Das Gesetz schreibt aber nirgends vor, daß das erforderlich sei. Die Bestimmung, daß das Protokoll die Bezeichnung der mitwirkenden Personen erhalten müsse, ist nicht deshalb gegeben, damit die Erblasserin diese dem Namen nach kennen lerne, sie ist vielmehr im öffentlichen Interesse gegeben. — — — Ohne daß es einer Erörterung der von den Parteien angeregten Fragen bedarf, in welchem Sinne in den §§ 2241, 2242, 2246 B.G.B. das Wort Protokoll gebraucht wird, ob das Gesetz eine scharfe Scheidung zwischen dem Protokolle einerseits und dem Verlesungsvermerke und den Unterschriften anderseits macht, ob die Bezeichnung der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen durch deren Unterschrift ersetzt werden kann, war festzustellen, daß sich in dem vorliegenden Protokolle aus

Digitized by Google

seinem Zusammenhange mit den Unterschriften die Erfüllung der gesetzlichen Vorschrift ergibt."

Hiergegen richtet sich die Revision mit der Rüge der Verletzung der §§ 2141 Nr. 2 und 2242 B.G.B. Der letztere Paragraph, soweit er hier in Betracht kommt, lautet:

> „Das Protokoll muß vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden. Im Protokolle muß festgestellt werden, daß dies geschehen ist. Das Protokoll soll dem Erblasser auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden. . . . Das Protokoll muß von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden."

Nach der Auffassung der Revision hat das Protokoll zunächst die den Erfordernissen des § 2241 für sich genügenden Angaben darzustellen; erst dann könne den Erfordernissen des § 2242, insbesondere dem der Verlesung des Protokolles mit dem im § 2241 vorgesehenen Inhalte, entsprochen werden. Der Zweck der Verlesung der Bezeichnung der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen sei auch der, daß der Erblasser erfahre, wer beurkunde. Deshalb unterscheide das Gesetz auch das Erfordernis der Bezeichnung der Urkundspersonen in § 2241 Nr. 2 und das ihrer Unterschrift in § 2242. Nur diese Unterscheidung rechtfertige die Sonderung der in diesen beiden Paragraphen enthaltenen Vorschriften, andernfalls hätte ihre Zusammenfassung in einem Paragraphen nahe gelegen.

Die Entscheidung des Revisionsrechts geht davon aus, daß diese Ausführungen der Revision nicht geeignet sind, der Auffassung des Berufungsgerichts und der darauf gegründeten Schluß-„Feststellung" den Boden zu entziehen. „Das Berufungsgericht lege das entscheidende Gewicht auf den Zusammenhang des Protokolles mit den Unterschriften und bringe dadurch zum Ausdruck, daß nach den Eingangsworten des Protokolles „die unterzeichneten Gerichtspersonen", deren Bezeichnung auch schon im Texte des Protokolles selbst sich findet. Das sei aber durchaus zutreffend. Denn die der schließlichen beurkundenden Thätigkeit der mitwirkenden Personen notwendig vorhergehende Fassung und Niederschrift des Textes des Protokolles lasse klar erkennen, daß die demnächst das Protokoll behufs der Beurkundung unterzeichnenden Personen gerade diejenigen und nur diejenigen sind, die bei der Verhandlung mitwirken. Durch die einen notwendigen wesentlichen Bestandteil bildende unterschriftliche Vollziehung desselben seitens

Digitized by Google

der Urkundspersonen werde daher die auf sie Bezug nehmende Bezeichnung der letzteren im Texte so vervollständigt, daß über die Persönlichkeit der Urkundspersonen volle Sicherheit vorhanden sei. — — — Eine solche Verwertung des Zusammenhangs des Protokolles sei, bei der notwendigen urkundlichen Einheit des Protokolles in seinem ganzen Umfange einschließlich der Unterschrift der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen, unbedenklich, und es lasse sich dagegen insbesondere daraus nichts entnehmen, daß die Bestandteile des Protokolles in zwei Paragraphen, im Anschluß an den regelmäßigen Verlauf der Verhandlung, nach dem eigentlichen Texte und der formalen Beurkundung, gesondert abgehandelt sind. Damit entfalle zugleich das weitere Argument der Revision, daß das Gesetz die Bezeichnung der Urkundsperson im Protokolle unabhängig von der Unterschrift verlange. — — — Somit habe das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß sich in Fällen der vorliegenden Art aus dem Zusammenhange des Protokolles mit den Unterschriften die Erfüllung der Vorschrift in § 2241 Nr. 2 B.G.B. ergibt."

„Der bei Erläuterung des — in Abs. 1 mit dem § 2241 übereinstimmenden — § 176 des erwähnten Gesetzes vom 17. Mai 1898 vertretenen abweichenden Meinung von Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht, 11. u. 12. Aufl., Anm. 2a, b, 7c, und von Weißler, Kommentar Anm. 4b, sowie in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins Jahrg. 1901 S. 127, kann nicht beigetreten werden. Die Ansicht von Rausnitz (Das Reichsges. über die A. d. fr. G. S. 561 unter 10), daß die Bezeichnung der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen durch deren Aufführung im Texte erfolgen müsse, und die bloße Unterschrift im Protokolle nicht genüge, steht der diesseitigen Auffassung, welche den Zusammenhang des Protokollinhalts mit den Unterschriften in Betracht zieht, ebensowenig entgegen, wie die die Auslegung des § 176 Abs. 1 des bezeichneten Gesetzes vom 17. Mai 1898 betreffenden Entscheidungen des Oberlandesgerichts Hamm (R.O. II S. 139) und des Landgerichts Königsberg (Juristische Monatsschr. f. Posen ꝛc. Jahrg. 1900 S. 131), da die den Gegenstand dieser Entscheidungen bildenden Protokolle im Texte keine Bezugnahme auf die unterzeichneten Gerichtspersonen enthalten."

Eine Verletzung der §§ 2241 Nr. 2 und 2242 B.G.B. erachtet die Revision weiter schon deshalb für vorliegend, weil nach der Fassung des Protokolls nicht dieses überhaupt, sondern nur das

Digitized by Google

darin enthaltene Testament vorgelesen worden sei, und zwar auch nur dem Erblasser, nicht auch den Urkundspersonen, was ebenfalls geboten gewesen sei. Hiergegen wird ausgeführt, es sei mit dem in dem Vorlesungsvermerke gebrauchten Worte Testament der ganze bis zum Akte der Vorlesung abgefaßte Teil des Protokolles, einschließlich eines etwaigen Formularvordruckes gemeint, und mit der Vorlesung für den Erblasser vollziehe sich von selbst auch die Vorlesung für die mitwirkenden Personen. Damit erledige sich zugleich das weitere Bedenken, daß, da nur die Vorlesung des Testaments erfolgt sei, keinesfalls dem Erblasser die erst aus dem Zusammenhange des Protokolles mit den Unterschriften sich ergebende Bezeichnung der Urkundspersonen dem Erblasser mit vorgelesen und so zur Kenntnis gebracht sei....

Reichsger. IV. C.S., U. v. 18. Nov. 1901, E.R.G. 50 Nr. 5.

Ist in dem über die Errichtung des Testamentes aufgenommenen Protokolle eine genügende Feststellung der Thatsache daß die Erblasserin auch diejenigen Teile des Protokolles genehmigt hat, in welchen Ort und Tag der Verhandlung bezeichnet wird, nicht zu finden, so ist das Testament nichtig.

Aus den Gründen:

Der Ort und der Tag der Verhandlung ist im Eingange des in Rede stehenden vom Notar P. aufgenommenen Protokolles überhaupt nicht erwähnt; vielmehr wird hier zunächst nur vorausgeschickt, daß vor dem unterzeichneten Notar und den zugezogenen (namhaft gemachten) beiden Zeugen die Erblasserin erschienen sei, welche dem Notar in Gegenwart der Zeugen „ihr Testament in deutscher Sprache wie folgt diktiert" habe. Hierauf folgen diejenigen Erklärungen der Erblasserin, welche die von ihr getroffenen letztwilligen Anordnungen enthalten. Sodann heißt es in dem Protokolle weiter:

> „Dieses Testament wurde also durch die Testiererin dem unterzeichneten Notar diktiert, welcher es eigenhändig und so, wie es ihm diktiert wurde, niedergeschrieben, der Testiererin vorgelesen hat, welche erklärt, es gut zu verstehen und dabei zu beharren, da es ihren letzten Willen enthalte."

Nach einem hier nicht in Betracht kommenden ferneren Satze, welcher die zugezogenen Zeugen betrifft, schließt darauf das Protokoll mit folgenden Worten:

Digitized by Google

„Geschehen und aufgenommen zu Redingen in der Wohnung der Testiererin in einem Zimmer des Erdgeschosses als Stube dienend, erleuchtet durch ein Fenster auf die Straße stoßend.

Im Jahre eintausendneunhundert, den zwanzigsten März um ein Uhr des Nachmittags, und nach Vorlesung haben die Zeugen mit dem Notar unterzeichnet. Die Testiererin, zu diesem durch den Notar aufgefordert, erklärt des Schreibens und Unterzeichnens unkundig zu sein.

Diese Vorlesung vor dem Notare, das Unterzeichnen der Zeugen, des Notars, die Aufforderung an die Testiererin, die Erklärung dieser letzteren nicht schreiben zu wissen, haben stattgefunden in der wirklichen und ununterbrochenen Gegenwart der gedachten Zeugen."

Darunter befinden sich die Unterschriften der Zeugen und des Notars.

Der Berufungsrichter hat angenommen, daß nach dem Inhalte dieser Verhandlung die Erblasserin zwar ihr Einverständnis mit dem im ersten Teile des Protokolles niedergeschriebenen letztwilligen Anordnungen erklärt habe, daß aber in dem Protokolle eine Feststellung ihrer Genehmigung bezüglich der nachfolgenden Sätze fehle, in welchen erst die Angaben über Ort und Tag der Verhandlung enthalten seien.

Die desfallsigen Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht zu beanstanden. Dem Berufungsrichter ist aber auch darin beizutreten, daß dieser spätere Teil des Protokolles ebenfalls hätte genehmigt werden müssen, und daß die Thatsache der Genehmigung im Protokolle festzustellen gewesen wäre. Nach § 2241 Nr. 1 B.G.B. muß das Protokoll den Ort und den Tag der Verhandlung enthalten. Diese Angabe gehört also zu den notwendigen Bestandteilen des Protokollinhalts, und im Anschluß hieran bestimmt der folgende § 2242 Abs. 1:

„Das Protokoll muß vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden. Im Protokolle muß festgestellt werden, daß dies geschehen ist."

Diese zwingende Vorschrift wird nur insoweit durch den Absatz 2 modifiziert, als in dem Falle, wenn — wie es hier geschehen ist — der Erblasser erklärt, daß er nicht schreiben könne, durch die Feststellung dieser Erklärung seine Unterschrift ersetzt wird. Im übrigen aber muß die im Absatz 1 Satz 2 a. a. O. vorgeschriebene Feststellung erfolgen.

Digitized by Google

darin enthaltene Testament vorgelesen Bd. 5
nur dem Erblasser, nicht auch den U Lesung
geboten gewesen sei. Hiergegen wird
dem Vorlesungsvermerke gebraucht lesung,
zum Akte der Vorlesung abgefo gestellt
lich eines etwaigen Formular zu ge-
lesung für den Erblasser vo ziehung
für die mitwirkenden Pe Worte
weitere Bedenken, daß, wird;
sei, keinesfalls dem a.d.fr.S.
des Protokolles mit ..n, haben offenbar
der Urkundsperso ..sgenommenen, von allen
Kenntnis gebrac .. bereits unterzeichneten, mithin
Reichsger im Auge, und in demselben Sinne
Ist in . an, daß das über die Errichtung des
genommene ..iene Protokoll verschlossen und mit einer
daß die F. .. besondere amtliche Verwahrung gebracht werden
hat, in § 2246 a. a. O. wird also die schon unterschriebene
nicht z ..ig zum Abschluß gekommene Urkunde als das „Protokoll"
während demselben Worte im ersten Satze des § 2246
a. a. O. eine so weitgehende Bedeutung jedenfalls nicht bei-
..t sein kann. Da sich aber die Bestimmungen des § 2242 un-
..ittelbar an den eine Aufzählung wesentlicher Bestandteile des
Protokolles enthaltenden § 2241 anschließen, so muß angenommen
werden, daß die im ersten Satze des § 2242 Abs. 1 vorgeschriebene
Vorlesung und Genehmigung des Protokolles sich ausnahmslos
auf diejenigen Teile der niedergeschriebenen Verhandlung mit zu er-
strecken hat, in denen die Angaben und Erklärungen enthalten sind,
welche nach § 2241 zum notwendigen Inhalt des Protokolles ge-
hören. Dies nötigt zu der Folgerung, daß auch der Teil des
Protokolles zu verlesen und zu genehmigen ist, in welchem sich die
Angaben über Ort und Zeit der Verhandlung befinden. Zugleich
ergibt sich damit aber aus dem zweiten Satze des § 2242 Abs. 1,
daß nicht bloß die Vorlesung, sondern ebenfalls die Genehmigung
auch dieses Protokollteils in dem Protokolle festgestellt werden
muß. Ob übrigens in dem hierbei in Betracht kommenden zweiten
Satze des § 2242 Abs. 1 das Wort „Protokoll" genau in demselben
Sinne, wie im ersten Satze, gebraucht worden ist, und ob danach
der die fragliche Feststellung enthaltende Passus des Protokolles
schon vor der Vorlesung des Protokolles darin niederzuschreiben

Digitized by Google

…sen ist (wie von den meisten Kommentatoren ange-
…r ob es genügt, wenn der Notar und die Zeugen
Stelle des Protokolles die Thatsache der er-
…rkundet haben, kann im vorliegenden Falle
…ne Feststellung, daß die Erblasserin
…eil des Protokolles genehmigt habe,
…ht enthalten ist.
…in dieser Beziehung den Vor-

…u geltend gemacht werden, daß
…nd Zeitangaben, welche sich nur als
…ätigung der Richtigkeit dieser Angaben
…de, unter den obwaltenden Umständen an sich
…sen wäre. Allerdings scheint ein Streit zwischen
…n über die Richtigkeit der am Schlusse des Protokolles
…gen desfallsigen Angaben nicht obzuwalten. Hierdurch konnte
…och eine Entbindung von der Erfüllung der in Betracht kommenden
Formvorschrift nicht herbeigeführt werden; denn ein Rechtsgeschäft,
welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist und
bleibt nichtig (§ 125 B.G.B.).

Reichsger. IV. C.S., U. v. 20. Febr. 1902, E.R.G. 50 Nr. 48.

Bei der Testamentserrichtung kann der Gerichtsschreiber nicht zugleich Dolmetscher sein; denn der § 192 des Gerichtsverfassungsgesetzes findet auf die Errichtung von Testamenten nicht Anwendung. Das Verfahren mit fremdsprachigen Beteiligten ist in den §§ 179 ff. des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit besonders geregelt und in § 168 daselbst ist bestimmt, daß die §§ 169—182, also auch die Vorschriften über die Verhandlung mit Personen, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, nur unbeschadet der Vorschriften der Bürgerlichen Gesetzbuches über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen Anwendung finden sollen. Nach § 2233 B.G.B. muß der Richter zur Errichtung von Testamenten einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen zuziehen. Weiter bestimmt § 2244, daß, wenn der Erblasser der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein erklärt, ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden muß. Dem Dolmetscher weist das Gesetz außer der Übertragung der Worte des Erblassers noch andere Aufgaben zu. Eine Übersetzung des Protokolles in die Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, muß vom Dolmetscher angefertigt oder beglaubigt und vorgelesen werden; der Dolmetscher muß das Protokoll mit-

Digitized by Google

Vgl. auch Motive zu § 1919 des ersten Entwurfes Bd. 5 S. 273 sowie Protokolle der Kommission für die zweite Lesung S. 7186—7189 und S. 7198, 7199.

Insbesondere ist also erforderlich, daß nicht bloß die Vorlesung, sondern auch die Genehmigung des Protokolles festgestellt wird. Fraglich kann dabei nur sein, was hier unter dem zu genehmigenden Protokolle zu verstehen ist. In dieser Beziehung mag zwar zuzugeben sein, daß vom Gesetzgeber mit dem Worte „Protokoll" nicht immer genau derselbe Begriff verbunden wird; denn die §§ 182 und 184 des Reichsgesetzes über d. A.d.fr.G., welche von der Ausfertigung der Protokolle handeln, haben offenbar die über die betreffenden Verhandlungen aufgenommenen, von allen Beteiligten und von den Mitwirkenden bereits unterzeichneten, mithin ganz fertigen urkundlichen Akte im Auge, und in demselben Sinne ordnet der § 2246 B.G.B. an, daß das über die Errichtung des Testamentes aufgenommene Protokoll verschlossen und mit einer Aufschrift versehen in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden soll. Auch im § 2246 a. a. O. wird also die schon unterschriebene und damit völlig zum Abschluß gekommene Urkunde als das „Protokoll" bezeichnet, während demselben Worte im ersten Satze des § 2246 Abs. 1 a. a. O. eine so weitgehende Bedeutung jedenfalls nicht beigelegt sein kann. Da sich aber die Bestimmungen des § 2242 unmittelbar an den eine Aufzählung wesentlicher Bestandteile des Protokolles enthaltenden § 2241 anschließen, so muß angenommen werden, daß die im ersten Satze des § 2242 Abs. 1 vorgeschriebene Vorlesung und Genehmigung des Protokolles sich ausnahmslos auf diejenigen Teile der niedergeschriebenen Verhandlung mit zu erstrecken hat, in denen die Angaben und Erklärungen enthalten sind, welche nach § 2241 zum notwendigen Inhalt des Protokolles gehören. Dies nötigt zu der Folgerung, daß auch der Teil des Protokolles zu verlesen und zu genehmigen ist, in welchem sich die Angaben über Ort und Zeit der Verhandlung befinden. Zugleich ergibt sich damit aber aus dem zweiten Satze des § 2242 Abs. 1, daß nicht bloß die Vorlesung, sondern ebenfalls die Genehmigung auch dieses Protokollteils in dem Protokolle festgestellt werden muß. Ob übrigens in dem hierbei in Betracht kommenden zweiten Satze des § 2242 Abs. 1 das Wort „Protokoll" genau in demselben Sinne, wie im ersten Satze, gebraucht worden ist, und ob danach der die fragliche Feststellung enthaltende Passus des Protokolles schon vor der Vorlesung des Protokolles darin niederzuschreiben

Digitized by Google

und mit vorzulesen ist (wie von den meisten Kommentatoren angenommen wird) oder ob es genügt, wenn der Notar und die Zeugen erst an einer späteren Stelle des Protokolles die Thatsache der erfolgten Genehmigung beurkundet haben, kann im vorliegenden Falle unerörtert bleiben, weil eine Feststellung, daß die Erblasserin den hier in Rede stehenden Teil des Protokolles genehmigt habe, in dem Protokolle überhaupt nicht enthalten ist.

Das Protokoll entspricht also in dieser Beziehung den Vorschriften des Gesetzes nicht.

Demgegenüber kann nicht etwa geltend gemacht werden, daß eine Genehmigung der Orts- und Zeitangaben, welche sich nur als eine ausdrückliche Bestätigung der Richtigkeit dieser Angaben dargestellt haben würde, unter den obwaltenden Umständen an sich entbehrlich gewesen wäre. Allerdings scheint ein Streit zwischen den Parteien über die Richtigkeit der am Schlusse des Protokolles befindlichen desfallsigen Angaben nicht obzuwalten. Hierdurch konnte jedoch eine Entbindung von der Erfüllung der in Betracht kommenden Formvorschrift nicht herbeigeführt werden; denn ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist und bleibt nichtig (§ 125 B.G.B.).

Reichsger. IV. C.S., U. v. 20. Febr. 1902, E.R.G. 50 Nr. 48.

Bei der Testamentserrichtung kann der Gerichtsschreiber nicht zugleich Dolmetscher sein; denn der § 192 des Gerichtsverfassungsgesetzes findet auf die Errichtung von Testamenten nicht Anwendung. Das Verfahren mit fremdsprachigen Beteiligten ist in den §§ 179 ff. des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit besonders geregelt und in § 168 daselbst ist bestimmt, daß die §§ 169—182, also auch die Vorschriften über die Verhandlung mit Personen, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, nur unbeschadet der Vorschriften der Bürgerlichen Gesetzbuches über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen Anwendung finden sollen. Nach § 2233 B.G.B. muß der Richter zur Errichtung von Testamenten einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen zuziehen. Weiter bestimmt § 2244, daß, wenn der Erblasser der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein erklärt, ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden muß. Dem Dolmetscher weist das Gesetz außer der Übertragung der Worte des Erblassers noch andere Aufgaben zu. Eine Übersetzung des Protokolles in die Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, muß vom Dolmetscher angefertigt oder beglaubigt und vorgelesen werden; der Dolmetscher muß das Protokoll mit-

Digitized by Google

unterschreiben. Eine dem § 192 G.V.G. entsprechende Vorschrift findet sich nicht, und ohne einen ausdrücklichen Anhalt im Gesetze wird man da, wo zwei Formvorschriften — wie hier die Zuziehung eines Gerichtsschreibers und eines Dolmetschers — beobachtet werden müssen, nicht ohne weiteres für genügend erachten dürfen, wenn dieselbe Person in mehrfacher Funktion bei dem Akte beteiligt ist; deshalb muß, falls nach § 2244 B.G.B. ein Dolmetscher erforderlich ist, dieser noch neben dem Gerichtsschreiber zugezogen werden. Auch die Motive (4 S. 278) stellen den Dolmetscher als Organ des Testators in Gegensatz zu den sonst mitwirkenden Personen, Richter und Gerichtsschreiber. Kammerger. I. C.S., B. v. 11. Febr. 1901, R.O. III Nr. 67 a, E.A.F.G. II S. 59 ff.

Der 1900 verstorbene A hat vor dem Gemeindevorsteher F am 9. Oktober 1900 ein Testament in deutscher Sprache errichtet, in welchem er seine Frau zur alleinigen Erbin einsetzt. Als diese den Erbschein beantragte, vernahm das Amtsgericht den Lehrer K und den F und stellte fest, daß der Testator sowie der eine Testamentszeuge des Deutschen nicht vollständig und der Gemeindevorsteher nicht derart mächtig gewesen ist, daß er ein deutsches Protokoll verstanden hätte. Er hat deshalb den Lehrer K als Protokollführer und Dolmetscher zugezogen und seine Fragen in polnischer Sprache an den Testator gerichtet, ebenso der Lehrer K, auch der Testator hat sie polnisch beantwortet. Das Protokoll hat der Lehrer zuerst deutsch vorgelesen und dann dem Testator polnisch verdolmetscht. Demnächst hat er den Testator gefragt, ob er alles Vorgelesene verstanden habe, was dieser bejaht, und darauf das Protokoll unterschrieben. Eine Beeidigung des Lehrers als Dolmetscher hat nicht stattgefunden.

Die Erteilung eines Erbscheins ist abgelehnt aus folgenden Gründen.

Die Frage, ob nach den Vorschriften des Gesetzes ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Gemeindevorsteher überhaupt berechtigt ist, ein Testament aufzunehmen, für deren Verneinung übrigens erhebliche Gründe sprechen, bedarf hier keiner Entscheidung, weil, wenn auch die Berechtigung anerkannt werden sollte, das vorliegende Testament doch nichtig ist. Gemäß § 2240 B.G.B. ist über die Errichtung eines Testamentes ein Protokoll in deutscher Sprache aufzunehmen. Das vorliegende Testament ist aber nicht von dem Gemeindevorsteher, der die Sprache des Protokolles nicht verstand, sondern von dem zugezogenen Lehrer aufgenommen worden, und

Digitized by Google

von diesem dem Testator sowohl wie dem Gemeindevorsteher verdolmetscht worden. Eine derartige Aufnahme entspricht den Vorschriften des Gesetzes nicht. Das Protokoll darf nur der instrumentierende Beamte selbst aufnehmen, wobei es dahin gestellt bleiben kann, ob er sich einer Schreibhilfe bedienen darf oder nicht. Jedenfalls muß er das Protokoll aber aufnehmen, d. h. verfassen und davon hat hier keine Rede sein können. Unerheblich ist deshalb, ob der Testator der deutschen Sprache mächtig war oder nicht; denn in keinem Falle kann das Testament gültig sein, weil es in einer Sprache aufgenommen ist, die der Beamte, der allein für die Aufnahme des Testamentes zuständig war, nicht verstanden hat, weil also nicht er, sondern ein Dritter, vom Gemeindevorstande nur Zugezogener das Testament in Wahrheit aufgenommen hat. Der § 2245 gestattet die Aufnahme des Testamentes auch in der fremden Sprache, wenn nämlich sämtliche witwirkende Personen ihrer Versicherung nach der Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, mächtig sind. Ist ein Gemeindevorsteher, der der deutschen Sprache nicht mächtig, trotz der dagegen sprechenden Bedenken doch für berechtigt zu halten, ein Testament aufzunehmen, so kann er dies jedenfalls nur in den Formen des § 2245, d. h. er muß das Testament in der ihm und dem Erblasser geläufigen fremden Sprache aufnehmen (so Wilke A. 2 zu § 2249).

Kammerger. I. C.S., B. v. 7. Okt. 1901, R.O. III Nr. 96 a.

Die Kläger fechten das 1900 vor dem Gemeindevorsteher durch Übergabe einer offenen, von einem Dritten geschriebenen Schrift errichtete Testament an, weil der Erblasser während des Testieraktes nichts mehr habe sprechen können und seine Zustimmung zu der übergebenen Schrift nur durch Kopfnicken erklärt und dann die Schrift schlechthin unterschrieben habe.

Das Testament ist wegen Nichteinhaltung der Form des § 2238 Abs. 1 für nichtig erklärt, weil mit der Vorschrift der mündlichen Erklärung sei es im Sinne der ersten oder der zweiten Alternative des § 2228 Abs. 1 B.G.B. nur eine Erklärung durch gesprochene Worte des Testierers, auf deren Fassung es freilich weiter nicht ankommt (Motive S. 272) zugelassen ist. O.L.G. Stuttgart II. C.S., U. v. 26. April 1901, R.O. II Nr. 17 b, S.A. 56 Nr. 256.

Ein am 22. Januar 1901 über die Errichtung eines Testamentes aufgenommenes notarielles Protokoll trug infolge eines Schreibfehlers das Datum des 22. November 1901, einem zur Zeit der Eröffnung des Testamentes noch in der Zukunft liegenden Zeitpunkt.

Digitized by Google

Diese Thatsache begründet nach § 125 B.G.B. die Nichtigkeit des Testamentes, wenn die Vorschrift im § 2241 B.G.B., daß das Protokoll Ort und Tag der Verhandlung enthalten muß, dahin zu verstehen ist, daß das Protokoll den richtigen Ort und den richtigen Tag enthalten muß. Für die Bejahung dieser Frage ist entscheidend, daß nach den Protokollen der zweiten Lesung (5 S. 337) jene Angabe als wesentlicher Bestandteil des Protokolles beibehalten worden ist wegen ihrer Bedeutung für die Rechtsbeständigkeit und die Auslegung des Testamentes. Solche Bedeutung hat aber nur die Angabe des richtigen Orts und des richtigen Tages. — — — Die Angabe des gerichtlichen oder notariellen Protokolles über Ort und Zeit der Verhandlung enthält keine Willenserklärung (wie z. B. bei Ausstellung eines Wechsels nach Art. 4, 6 W.O.) sondern lediglich die Feststellung einer Thatsache. Deshalb sind Ort und Zeit der Verhandlung im Protokolle nicht angegeben, wenn sie daselbst nicht richtig angegeben sind O.L.G. Rostock I. C.S., B. v. 6. Juni 1901, R.O. II Nr. 184a, M.Z. Bd. 20 S. 22, E.A. F.G. II S. 119 f., S.A. 56 Nr. 257.

Aus § 2231 B.G.B. geht nicht hervor, daß das eigenhändige Testament nichtig ist, wenn darin nicht der Ort und die Zeit angegeben ist, wo und wann es ge- bezw. unterschrieben ist. Es steht eine Willenserklärung in Frage, bei welcher auch die Angabe des Ortes und der Zeit der Erklärung vom Willen des Erklärenden abhängt. Wenn auch der § 2231 die Angabe der richtigen Zeit und des richtigen Ortes der Errichtung verlangt, so ist doch im Sinne desselben das Datum als richtig anzusehen, welches der Testator als das seiner Willenserklärung gelten lassen will. Wenn der Testator das Testament von einem späteren Tage datiert, als dem, an dem er es niederschreibt, weil er sich vorbehält, es bis dahin noch zu ändern oder zu ergänzen, so hat er deshalb noch kein unrichtiges Datum angegeben. Es kann ihm nicht verwehrt werden, einen späteren Tag im Testamente anzugeben, wenn es sein Wille ist, daß das Testament erst von diesem Tage an als sein letzter Wille gelten soll. Für die von Planck (Anm. 4d zu § 2231), von Strohal (Erbrecht S. 61) u. a. aufgestellte Ansicht spricht das Wesen der Willenserklärung und auch die Analogie des Art. 4 der Wechsel-O., welcher auch für den Wechsel Angabe des Ortes und der Zeit der Ausstellung verlangt, ohne daß eine unrichtige Angabe in dieser Beziehung den Wechsel ungültig macht. — — —

Auf den Tag der vollendeten Niederschrift als wirklichen Tag

Digitized by Google

der Errichtung kann es allerdings ankommen, wenn nach dem Gesetz an diesem Orte und zu dieser Zeit das Testament nicht so errichtet werden konnte, der Testator also den in dieser Beziehung zum Ausdruck gebrachten Willen rechtlich nicht haben durfte, wenn z. B. der Testator zu dieser Zeit der Errichtung noch minderjährig war, und das Testament von einem Tage datierte, an dem er bereits volljährig war, oder wenn er es an einem Orte errichtete, an dem eine andere Testamentsform galt, und er das Testament von einem Orte datierte, an welchem das eigenhändige Testament nicht zugelassen ist. In solchen Fällen ist das Testament allerdings ungültig, aber nicht wegen Mangels der im § 2231 vorgesehenen Form, sondern aus anderen materiellen Gründen.

Vorliegend entsprach der angegebene Ort dem Willen des Erblassers und wenn das (von Berlin datierte) Testament in Wirklichkeit im Vororte Schlachtensee errichtet ist, so ist nicht ersichtlich, weshalb es aus diesem Grunde ungültig sein sollte. Kammerger. I. C.S., B. v. 7. April 1902. R.O. IV Nr. 101 a.

A hat folgendes Schriftstück:

„Ich bestimme, daß alles, was mein ist, nach meinem Tode dem A zufällt.... Wanda Sch....

Neuhof, den 26. Oktober 1900"

überreicht und unter der Behauptung, daß die Sch.... Text und Unterschrift geschrieben, aber Unterschrift und Datum erst einige Tage später dem Texte zugesetzt habe, die Erteilung des Erbscheins beantragt. Der weiteren Beschwerde gegen den ablehnenden Bescheid ist aus folgenden Gründen stattgegeben.

Aus § 2231 B.G.B. ist nicht zu folgern, daß der Erblasser Ortsangabe und Datum gleichzeitig mit der Niederschrift des Textes unter die Urkunde setzen müsse. Aus dem Gesetze ist nur zu schließen, daß, so lange Ort und Zeit nicht niedergeschrieben ist, die Textniederschrift kein Testament im Sinne des § 2231, 2 ist. Ein an *einem* Tage nicht zu vollendendes Testament wäre sonst als Privattestament überhaupt nicht zu errichten, da dann ein Teil des Testamentes jedenfalls nicht gleichzeitig mit dem Datum niedergeschrieben wäre. Die Gleichzeitigkeit kann nicht verlangt werden, weil sie vom Gesetze als Erfordernis nicht aufgestellt ist. Kammerger. I. C.S., B. v. 17./24. Dez. 1900. R.O. II Nr. 79 a, E.A.F.G. II S. 13 ff., S.A. 56 Nr. 255.

Das eigenhändige Testament des A ist auf einen Briefbogen geschrieben, an dessen Spitze sich die *gedruckten* Worte befinden:

Digitized by Google

August Schultz, Breslau, Buch- und Steindruckerei.
Breslau, Neue Straße 5, den

Neben den Worten „Breslau den" finden sich handschriftlich die Worte „30. April 1900". Unterschrieben ist das Testament: „30. April 1900 August Schulz".

Dem Testamente fehlt ein wesentliches Erfordernis, nämlich das der eigenhändigen Niederschrift des Ortes der Errichtung. Es muß angenommen werden, daß die im § 2231 B.G.B. aufgestellten wenigen Erfordernisse des Privattestamentes unbedenklich wesentliche sind und erfüllt sein müssen, damit das Testament wirksam und gültig ist. Kammerger. I. C.S., B. v. 25. Febr. 1901. R.O. III Nr. 96 b, E.A.F.G. II S. 61 ff.

Ebenso Kammerger. I. C.S., B. v. 9. Dez. 1901. R.O. IV Nr. 126 d a. E.

Ein Privattestament (§ 2231 Nr. 2 B.G.B.) ist auf Verlangen des Erblassers nach § 2248 in amtliche Verwahrung zu nehmen. Weder im B.G.B. noch im Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist für die Überreichung von Privattestamenten irgend eine Form vorgeschrieben, insbesondere nicht verlangt, daß der Antragsteller seine Identität mit dem Erblasser nachweise. Das Gericht kann deshalb solchen Nachweis nicht fordern. Ein solches Verlangen würde nur dann Sinn und Bedeutung haben, wenn dem Privattestamente durch die amtliche Verwahrung eine andere Eigenschaft gewährt, wenn es dadurch zur öffentlichen Urkunde würde. Davon ist keine Rede. Die Echtheit des Privattestamentes wird durch die Verwahrung nicht dargethan, im Bestreitungsfalle muß dieselbe bewiesen werden, mag das Testament sich in amtlicher Verwahrung befinden oder nicht. Die Verwahrung dient nur der sicheren Aufbewahrung. Nur in dem Falle, wenn das Gericht den begründeten Verdacht hegt, daß ein Testament untergeschoben oder ein sonstiger Mißbrauch getrieben werden soll, wird das Gericht, da es zur Durchführung eines Betruges naturgemäß seine Hand nicht zu bieten hat, den Nachweis erfordern können, daß das zur Verwahrung übersandte Testament auch von dem Erblasser herrührt. Kammerger., B. v. 15. Okt. 1900, E.A.F.G. I S. 146 f.

Ablieferung und Eröffnung des Testamentes, §§ 2259-2264, 2273.

19. Die Anordnung des Amtsgerichts, das Testament abzuliefern, war gerechtfertigt. Da der Erblasser nach dem 1. Jan. 1900 verstorben ist, so richten sich die erbrechtlichen Verhältnisse grundsätzlich nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches (Art. 213 E.G.). Dazu gehören auch die Vorschriften über die Behandlung der

Digitized by Google

Testamente nach dem Tode des Erblassers. Denn die erbrechtlichen Verhältnisse umfassen das gesamte Erbrecht ohne Unterschied, ob die Vorschriften materielles Recht oder das Verfahren betreffen. Der Art. 214 a. a. O. enthält allerdings in der Vorschrift, daß die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgte Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen nach den bisherigen Gesetzen beurteilt werden soll, auch wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches gestorben ist, eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze. Doch folgt der Beschwerdeführer mit Unrecht daraus, daß der § 2259 B.G.B. in dem Titel, der „Errichtung und Aufhebung eines Testamentes" überschrieben ist (5. Buch, 3. Abschnitt 3. Titel), steht, die Vorschrift des § 2259 könne auf die Behandlung älterer Testamente nach dem Tode des Testators nicht anwendbar sein. Unter der Errichtung eines Testamentes ist sprachlich der Errichtungsakt zu verstehen. — — — Auch in dem Titel ist der Ausdruck „Errichtung eines Testaments" nur von der Errichtungshandlung zu verstehen; der Inhalt des Titels geht aus der Überschrift nicht vollständig hervor; denn in demselben sind nicht nur zwei, sondern drei Gruppen von Bestimmungen enthalten. Die §§ 2229—2252 behandeln die Errichtung, die §§ 2253—2258 die Aufhebung und die §§ 2259 ff. die Ablieferung eines Testamentes an das Nachlaßgericht und seine Eröffnung. Auch diese Anordnung des Stoffes zeigt, daß die Errichtung eines Testamentes einerseits und die Ablieferung und Eröffnung anderseits in dem Gesetz als verschiedene Dinge behandelt werden.

Wenn weiter behauptet wird, die Vorschrift des § 2259 könne nur auf die nach den Regeln des B.G.B. errichteten Testamente bezogen werden, denn diese allein seien Testamente im Sinne des neuen Rechtes, so widerstreitet diese Ansicht, soweit es sich um Fälle handelt, in denen der Testator nach dem 1. Januar 1900 verstorben ist, dem bereits erwähnten Art. 213. Aus den Motiven (amtl. Ausg. S. 308 ff.) ergibt sich, daß das Gesetz die Testamente des alten Rechts im Falle des Todes des Testators nach dem 1. Januar 1900 als Testamente des neuen Rechts anerkannt und behandelt wissen will. — — — Ein Erfordernis ist allerdings aufzustellen, daß es sich um ein Testament im Sinne des B.G.B., also um eine einseitige letztwillige Verfügung des Erblassers handelt. Dahin gehört auch das sog. öffentliche Testament des rheinisch-französischen Rechts, errichtet vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Zeugen. Dasselbe verblieb wie jede andere Notariaturkunde offen

Digitized by Google

bei den Akten; für dasselbe galt bis zum 1. Jan. 1900 der Grundsatz der rhein. Notariatsordnung von 1822 „Von keiner Urkunde darf die Urschrift an die Interessenten abgegeben werden". Nach der Aufhebung der Notariatsordnung durch den Art. 144 b des preuß. Fr.G.G. ist derselbe Grundsatz im Art. 42 dieses Gesetzes für die Urschrift der notariellen Protokolle ausgesprochen. Diese landesrechtlichen Bestimmungen können jedoch gegenüber der allgemeinen und keine Ausnahme zulassenden Vorschrift des § 2259 B.G.B. nicht in Betracht kommen. — — —

Von dem Beschwerdeführer ist noch betont, daß es keinen Sinn habe, ein öffentliches Testament noch zur Eröffnung abzuliefern, da es ja offen und von ihm vielleicht dem Erblasser bald nach der Errichtung und den sonstigen Interessenten nach des Erblassers Tode eine Ausfertigung erteilt sei. Die Richtigkeit dieser Ausführung kann nicht anerkannt werden. Nach § 2260 B.G.B. sind die Testamente vom Nachlaßgerichte in einem Termin zu eröffnen. Die Eröffnung erfolgt regelmäßig durch Öffnung, wenn es verschlossen ist, und durch Verkündung. Zu verkünden ist auch das offene Testament. Daß Eröffnung und Öffnung nicht identisch sind, das ergibt sich insbesondere aus § 2263, welcher bestimmt, daß eine Anordnung des Erblassers, durch welche er verbietet, das Testament alsbald nach seinem Tode zu eröffnen, nichtig sein soll. Der Zweck dieser Bestimmung ist die Sorge dafür und das Interesse daran, daß der letzte Wille des Verstorbenen möglichst bald bekannt werde. Wäre aber „eröffnen" im Sinne von öffnen gebraucht, dann wäre im § 2263 nur das Verbot der Öffnung erklärt, und der Testator würde dann wirksam die Verkündung verbieten können. Damit wäre aber der Zweck der Bestimmung vollständig verfehlt. Richtig verstanden ist im § 2263 das Verbot der Öffnung *und* der Verkündung des Testamentes für nichtig erklärt worden. Daß der § 2259 sich auch auf offene Testamente bezieht, ergibt sich auch daraus, daß er die Testamente, welche von dem Erblasser gemäß § 2231 Z. 2 B.G.B. privatschriftlich errichtet sind, nicht ausschließt, obgleich für diese nicht vorgeschrieben ist, daß der Erblasser sie verschließen soll.[1]) Kammerger. I. C.S., B. v. 19. Nov. 1900, R.O. II Nr. 8.

---

[1]) Es wird weiter ausgeführt, daß die im § 2259 vorgesehene Ablieferungspflicht auf *offene* Erbverträge keine Anwendung findet, s. darüber unten Nr. 21.

Digitized by Google

Die Ablehnung des Antrages auf den Erbschein ist schon deshalb gerechtfertigt, weil es an der wesentlichsten formellen Voraussetzung für die Erteilung eines auf das Testament zu gründenden Erbscheins fehlt, nämlich an der Eröffnung des Testamentes. Die Erblasserin ist nach dem 1. Jan. 1900 verstorben; für ihre erbrechtlichen Verhältnisse ist deshalb das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend. Dazu gehört auch die Behandlung des von der Erblasserin errichteten Testamentes nach ihrem Ableben. Nach §§ 2259 ff. B.G.B. sind alle Testamente, soweit sie sich nicht bereits in der besonderen amtlichen Verwahrung befinden, nach dem Tode der Testatorin unverzüglich an das Nachlaßgericht abzuliefern und ausnahmslos zu eröffnen. Der formelle Akt der Eröffnung, d. h. der Öffnung des Testamentes, wenn es verschlossen ist, sowie der Verkündung oder Vorlegung desselben an Beteiligte, welche dies beantragen, muß in jedem Falle erfolgen. Für verschlossene Testamente ist dies selbstverständlich, dasselbe gilt auch für ein offenes holographisches Testament; denn das Gesetz macht in der formellen Behandlung der verschiedenen Arten für die Anwendung der §§ 2260 ff. keinen Unterschied (s. die obige Entscheidung des Kammergerichts vom 19. Nov. 1900). Wenn es keinem Zweifel unterliegt, daß ein geschlossenes Testament erst wirksam werden kann durch die Eröffnung im obenerwähnten Sinne, so muß mangels einer abweichenden Vorschrift das Gleiche grundsätzlich auch für ein offen errichtetes Testament gelten. Nur auf das eröffnete lassen sich grundsätzlich Rechtsakte gründen, nur aus einem eröffneten Testament kann deshalb grundsätzlich ein Erbschein im Sinne des § 2355 erteilt werden. Die Vorschrift des § 2256 Satz 2 steht dem keineswegs entgegen, da sie die Frage der Eröffnung eines Testamentes, die nicht notwendig dem Nachlaßgerichte obliegt, nicht berührt.

Kammerger. I. C.S., B. v. 4. März 1901. R.O. II Nr. 155 a.

Nach § 2260, der gemäß § 2300 auf Erbverträge Anwendung findet, hat das Nachlaßgericht zur Eröffnung und Verkündung eines in seinem Besitze befindlichen Testamentes einen Termin zu bestimmen und das Testament im Termin den Beteiligten zu verkünden. Diese Eröffnung hat aber selbstverständlich dann zu unterbleiben, wenn sie nach Lage der Sache völlig zwecklos wäre. Das ist hier der Fall. Die im Ehevertrage von Todes wegen bedachte Witwe hat die ihr durch letztwillige Verfügung angefallene Erbschaft und die gesetzliche Erbschaft

Digitized by Google

ausgeschlagen und erklärt, daß sie die Eröffnung der ihr bekannten Verfügung nicht wolle. Der einzige sonstige gesetzliche Erbe hat ebenfalls beantragt, die Eröffnung zu unterlassen. Diesen beiden Personen gegenüber würde die Eröffnung gänzlich zweck- und gegenstandslos sein. Auch Dritte haben kein denkbares Interesse an der Abhaltung des Termins; denn einerseits ist im Ehevertrage außer der Witwe niemand bedacht, anderseits hat, da die Ausschlagung der Erbschaft seitens der letzteren bereits erfolgt ist, niemand ein Interesse daran, daß durch Abhaltung des Termins die Ausschlagefrist des § 1944 in Lauf gesetzt wird. Das Recht Dritter, geltend zu machen, daß die Ausschlagung der Erbschaft nach § 1943 unwirksam sei, wird durch das Nichtabhalten des Termins nicht berührt. Endlich findet § 2264 auf die in Erbverträgen enthaltenen letztwilligen Bestimmungen keine Anwendung. Der Termin ist sonach zugleich zwecklos und hat zu unterbleiben. O.L.G. Colmar I. C.S., B. v. 12. März 1902. R.O. IV Nr. 101 b.

Die Ehegatten N.N. hatten einen verschlossenen Umschlag mit der Erklärung hinterlegt, daß darin ihre letztwillige Verfügung enthalten sei. Als nach dem im Januar 1900 erfolgten Tode der Ehefrau in Gegenwart des Witwers zur Eröffnung dieser letztwilligen Verfügung geschritten wurde, fanden sich in dem Umschlage zwei verschlossene Umschläge, der eine mit der Aufschrift: „Wechselseitiges Testament der Ehegatten N.N. — zu eröffnen auf Vorableben eines der Ehegatten." — Der andere mit der Aufschrift: „Gemeinsames Testament der Ehegatten N.N. — zu eröffnen auf Ableben des letztlebenden der beiden Ehegatten, bis wohin es bei dem Königl. Notar in Verwahrung zu bleiben hat."

Während der (nach bayrischem Landesgesetze) mit der Testamentseröffnung betraute Notar nur den ersten Umschlag öffnete und das darin enthaltene „wechselseitige Testament" allein verkündete, ordneten das Nachlaßgericht und trotz Beschwerde des Witwers, welcher erklärt hatte, daß der uneröffnete Umschlag nur Verfügungen für den Fall des Todes des zuletzt lebenden Ehegatten enthalte, auch das Beschwerdegericht unter Hinweis auf §§ 2260, 2263 B.G.B. die Eröffnung und Verkündung des zweiten Testamentes an.

Auf weitere Beschwerde wurde solche Eröffnung und Verkündung für unstatthaft erklärt aus folgenden Gründen:

Das Beschwerdegericht hegt keinen Zweifel gegen die Richtigkeit der Angabe des Beschwerdeführers, daß er und seine Ehefrau

Digitized by Google

die für den Fall des Todes des zuerst und die für den Fall des Todes des zuletzt verstorbenen Teiles bestimmten Anordnungen in getrennten Verfügungen getroffen haben, daß es sich bei den für den letzteren Fall getroffenen Anordnungen um Verfügungen der im § 2269 B.G.B. bezeichneten Art handelt, und daß das nicht eröffnete Testament diese Anordnungen enthält.

Diese Anordnungen sind allerdings von jedem der beiden Ehegatten für den Fall seines Überlebens getroffen worden, das nicht eröffnete Testament enthält also außer den letztwilligen Verfügungen des Beschwerdeführers auch die Verfügungen, welche die Erblasserin für den Fall ihres Überlebens getroffen hat. Aber ihre Verfügungen sind dadurch, daß sie vor ihrem Ehemanne gestorben ist, gegenstandslos geworden, das noch nicht eröffnete Testament hat also nur noch als Testament des Beschwerdeführers rechtliche Bedeutung. Die Verbindung, in welcher dessen letztwillige Verfügungen mit den gegenstandslos gewordenen Verfügungen der Erblasserin stehen, hindert nicht ihre Sonderung von den nach § 2260 B.G.B. zu eröffnenden Verfügungen der Erblasserin im Sinne des § 2273 B.G.B. für thunlich zu erachten. Dies setzt dann freilich voraus, daß die gegenstandslosen Verfügungen der Erblasserin von der Verkündung ausgeschlossen werden. Es kann aber nicht die Absicht des Gesetzes sein, sich über die schwerwiegenden Interessen, welche die Geheimhaltung des letzten Willens des überlebenden Ehegatten gebieten, hinwegzusetzen, um die gegenstandslosen Verfügungen des verstorbenen Ehegatten verkünden zu lassen, deren Verkündung sich als eine entbehrliche Förmlichkeit darstellen würde; vielmehr muß angenommen werden, daß der Vorschrift des § 2260 B.G.B. durch die Eröffnung und Verkündung der für den eingetretenen Erbfall allein getroffenen Verfügung Genüge geschieht.

Es macht auch keinen Unterschied, ob der überlebende Ehegatte seine letztwilligen Verfügungen allein oder im Sinne des § 2269 B.G.B. gemeinschaftlich mit dem verstorbenen Ehegatten getroffen hat; auch im Falle eines solchen Zusammenwirkens der Ehegatten sind, wie sich aus den §§ 2270, 2271 B.G.B. ergibt, die Verfügungen, die über den Nachlaß des zuletzt versterbenden Ehegatten getroffen wurden, dessen Verfügungen, die Mitwirkung des anderen Ehegatten hat, wenn sie nicht eine bloß formale ist, nur die Bedeutung, daß die beiderseitigen Verfügungen in dem im § 2270 bezeichneten Verhältnisse zu einander stehen. Daß aber ein solcher Zusammenhang der Verfügungen des überlebenden Ehegatten

Digitized by Google

mit denen des verstorbenen keinen Grund bildet, die Verfügungen des überlebenden zu verkünden, unterliegt nach § 2273 keinem Zweifel.

Auch die Eröffnung einer gemeinschaftlichen Verfügung ist nicht erforderlich, wenn, wie hier, in anderer Weise festgestellt ist, daß sie nur Verfügungen enthält, die nicht zu verkünden sind.

Durch die Anordnung der Eröffnung des für den Fall des Todes des zuletzt versterbenden Ehegatten errichteten Testamentes sind sonach die §§ 2260, 2263, 2273 B.G.B. irrig angewendet worden.

Bayerisches Oberst. Landesger. I. C.S., B. v. 31. März 1900. R.O. I Nr. 36, E.B.O.L.G. I Nr. 37, S.A. Bd. 56 Nr. 30, E.A.F.G. I S. 45.

Ludwig R. in München, welcher mit seiner Gattin in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte und am 15. Juni 1900 verstarb, hatte am 9. März 1900 mit seiner Gattin ein gemeinschaftliches Testament errichtet. Vor dem Nachlaßgerichte ist das Testament eröffnet und den Beteiligten insoweit bekannt gegeben „als es Verfügungen des Verstorbenen enthält". Der Antrag einer Erbin (Tochter des Erblassers), ihr das ganze Testament zu eröffnen, wurde mit der Begründung zurückgewiesen, daß die nicht verkündeten Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testamentes sich auf die Zeit nach dem Tode des überlebenden Ehegatten beziehen, daher als von diesem getroffen zu erachten und gemäß § 2273 von der Verkündung auszuschließen seien.

Auf Beschwerde wurde vom Beschwerdegericht die Verkündung des bisher geheim gehaltenen Restes des Testamentes angeordnet.

Die weitere Beschwerde der überlebenden Ehegattin ist mit der Behauptung begründet, daß die angefochtene Entscheidung gegen die §§ 2260, 2273, 1483, 1511—1516 B.G.B. verstoße, weil bei fortgesetzter Gütergemeinschaft mit dem Tode des einen Ehegatten ein Erbfall nicht eintreten und daher für die Frage, inwieweit ein von dem Verstorbenen gemeinsam mit dem überlebenden Ehegatten errichtetes Testament zu verkünden sei, nicht die den Eintritt eines Erbfalls voraussetzenden Vorschriften der §§ 2260—2264 und 2273 B.G.B. sondern nur die Art der einzelnen Testamentsbestimmungen und der Wille des überlebenden Ehegatten entscheidend seien. Gegen den Willen des letzteren seien Bestimmungen, welche erst für die nach dessen Tode in Frage kommende Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft Bedeutung erlangten, nicht zu verkünden.

Digitized by Google

Die bisher nicht verkündeten Verfügungen seien sämtlich solche, welche erst nach dem Tode des überlebenden Ehegatten wirksam werden können, sie könnten daher nur als dessen letztwillige Verfügungen in Betracht kommen und müssen deshalb nach § 2273 von der Verkündung ausgeschlossen bleiben.

Die weitere Beschwerde ist aus folgenden Gründen zurückgewiesen.

In den bisher nicht verkündeten Verfügungen des Testamentes haben die Ehegatten in der Voraussetzung, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft bis zum Tode des zuletzt versterbenden Teiles fortdauern werde, Bestimmungen für das Vermögen getroffen, das in diesem Zeitpunkte vorhanden sein wird, und dabei dieses Vermögen als ein einheitliches behandelt. Das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft scheidet sich aber nach § 1498 (1476) B.G.B. mit deren Aufhebung in zwei Teile. Über die den anteilsberechtigten Abkömmlingen zukommende Hälfte kann der überlebende Ehegatte nicht von Todes wegen verfügen, weil ihre Anteilsberechtigung nicht von ihm, sondern von dem zuerst verstorbenen Ehegatten herrührt und an die Stelle des gesetzlichen Erbrechts an dessen Nachlasse getreten ist; dagegen kann jeder Ehegatte für den Fall, daß er zuerst stirbt, über die Anteile der Abkömmlinge die in den §§ 1512—1515 B.G.B. zugelassenen Verfügungen treffen. Soweit die gemeinschaftlichen Verfügungen der Ehegatten die Anteile der Abkömmlinge an dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft zum Gegenstande haben, sind sie daher nur als letztwillige Verfügungen des zuerst verstorbenen Ehegatten wirksam; als letztwillige Verfügungen der Witwe sind sie dadurch hinfällig geworden, daß sie den Ehemann überlebt hat; dagegen haben sie die Eigenschaft letztwilliger Verfügungen der Witwe behalten, soweit sie den Hälfteanteil an dem Gesamtgute betreffen, der dereinst ihren Nachlaß bilden wird.

Die Verbindung, in welche die Ehegatten die auf die Anteile der Abkömmlinge und die auf den Hälfteanteil des überlebenden Ehegatten bezüglichen Verfügungen gebracht haben, macht eine Sonderung unmöglich; die Verfügungen müssen daher nach § 2273 ihrem vollen Inhalte nach verkündet werden. — — —

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Verkündung letztwilliger Verfügungen auf die in den §§ 1512—1515 B.G.B. zugelassenen letztwilligen Verfügungen wird von der Beschwerdeführerin mit Unrecht bestritten. Indem das Gesetz von letztwilligen Verfügungen spricht, erklärt es alle für Verfügungen dieser Art geltenden

Digitized by Google

Vorschriften für anwendbar, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Dies gilt insbesondere von den Bestimmungen über die Errichtung und den Widerruf (§§ 2229—2258) und die Verkündung (§§ 2260 bis 2264). Daraus ergibt sich zugleich, daß, was in diesen Vorschriften von dem Erblasser gesagt ist, bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft von dem Ehegatten gilt, mit dessen Tode die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt. Bayerisches Oberstes Landesger., B. v. 18. Okt. 1900, E.B.O.L.G. Bd. I Nr. 105, R.O. I Nr. 230, E.A.F.G. I S. 180 ff., S.A. 56 Nr. 130.

Ein gemeinschaftliches Testament muß beim Tode des Erstversterbenden eröffnet werden (§ 2263). Wenn § 2273 bestimmt, daß die Verfügungen des Überlebenden, soweit sie sich sondern lassen, bei der Eröffnung weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis zu bringen seien, so folgt daraus implicite, daß die Verfügungen des Überlebenden, wenn und soweit sie sich nicht sondern lassen, mit zu verkünden und zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen sind. Es findet mithin, falls die Verfügungen sich nicht sondern lassen, nach dem Tode des Erstversterbenden thatsächlich eine Verkündung des Testaments *seinem ganzen Umfange nach* statt, und eine Wiederholung dieser Prozedur nach dem Tode des Letztversterbenden würde weiter nichts als eine leere Form und ohne rechtliches Interesse für die Beteiligten sein.[1])

Anders stellt sich die Sache dann, wenn und insoweit sich die Verfügungen des Überlebenden sondern lassen. Insoweit werden diese Verfügungen nicht mitverkündet. *Nur auf diesen Fall* bezieht sich die Vorschrift, daß nach Eröffnung von den Verfügungen des Verstorbenen eine beglaubigte Abschrift anzufertigen, das Testament hingegen wieder zu verschließen und in besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen ist. O.L.G. Hamburg, B. v. 12. Dez. 1900, R.O. II Nr. 28, H.G. 1901 Beibl. Nr. 40, E.A.F.G. I S. 185 ff., S.A. 56 Nr. 108.

Wer als Beteiligter, den das Nachlaßgericht von dem ihn betreffenden Inhalt des Testamentes nach § 2262 B.G.B. in Kenntnis zu setzen hat, anzusehen ist, darüber spricht sich das Gesetz ebensowenig aus wie darüber, ob eine die Mitteilung an die Beteiligten verbietende Anordnung des Erblassers zu beachten ist, und darüber, wann die Mitteilung zu erfolgen hat. Aus dem Zusammenhange,

[1]) Auf einem anderen Standpunkte steht L.G. Hamburg, B. v. 12. Febr. 1901, H.G. 1901 Beibl. Nr. 133.

Digitized by Google

in welchem die §§ 2259—2264 mit einander stehen, ergibt sich, daß das Gesetz an dieser Stelle nur den Regelfall im Auge hat, in welchem mit dem Tode eines Menschen ein Erbfall eintritt und ein Nachlaß eröffnet wird. Die Natur der Sache ergibt, daß in diesem Falle die gesetzlichen Erben und jeder, welchem durch das Testament Zuwendungen aus dem Nachlasse gemacht werden, als Beteiligte angesehen werden müssen. Für den Fall eines gemeinschaftlichen Testamentes gilt die Vorschrift des § 2273. Die Vorschrift in diesem Paragraphen „Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testamentes sind die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen" zeigt, daß die Absicht des Gesetzes dahin geht, den Inhalt eines gemeinschaftlichen Testamentes, soweit er nicht Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten enthält, bis zum Tode des überlebenden geheim bleiben zu lassen.

Es könnte nun schon als fraglich angesehen werden, ob nicht unter Verfügungen des verstorbenen Ehegatten nur solche zu verstehen sind, *welche mit dem Tode desselben in Kraft treten*, also nicht solche, welche nach dem Willen des verstorbenen Ehegatten von dem überlebenden widerrufen werden können und deshalb erst, wenn sie nicht widerrufen werden, durch den Willen beider Ehegatten in Kraft treten. Im vorliegenden Falle tritt noch die Besonderheit hinzu, daß die Erbeneinsetzung, welche in dem Testament angeordnet ist, erst für den Zeitpunkt des Todes des Überlebenden gewollt ist. Bis dahin sollen die zu Erben eingesetzten Kinder in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben und da in diesem Falle nach § 1483 B.G.B. der Anteil des verstorbenen Ehegatten, soweit er ohne die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf die Kinder vererben würde, nicht zum Nachlasse gehört, so ist ein Nachlaß der verstorbenen Frau, soweit die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird, nicht vorhanden und die zu Erben eingesetzten Kinder sind noch nicht Erben geworden, weil sie mit dem Vater in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben und davon, daß ein Sondergut der Frau vorhanden wäre, nach dem Inhalte des Testamentes nicht die Rede sein kann.

Bei dieser Sachlage ist die Auffassung gerechtfertigt, daß die Vermächtnisnehmer, welche doch nur als Forderungsberechtigte den Erben gegenüber in Betracht kommen, zur Zeit, d. h. bis dahin, daß die Erbeneinsetzung in Kraft tritt, als Beteiligte nicht angesehen werden. Gegenwärtig sind sie bei dem Vermögen, über welches

Digitized by Google

das Testament verfügt, garnicht interessiert. Ob sie später interessiert sein werden, hängt von dem Willen des überlebenden Ehegatten ab, auf dessen Kenntnis sie aber erst nach dessen Tode Anspruch haben werden. O.L.G. Hamburg, B. v. 17. April 1901, H.G. 1901 Beibl. Nr. 88, R.O. II Nr. 184 d, E.A.F.G. II S. 68 ff., S.A. 56 Nr. 201.

Das Nachlaßgericht hat die Pflicht, ein ihm als Testament vorgelegtes und als solches äußerlich und seinem Inhalte nach sich darstellendes Schriftstück zu eröffnen, auch wenn es der Ansicht ist, daß das Schriftstück als ein gültiges Testament nicht anzusehen sei. Kammerger., B. v. 8. Juli 1901, E.A.F.G. II S. 169 ff.

Gemeinschaftliches Testament. §§ 2265–2278.

20. Die Erblasserin, die 1875 mit ihrem Manne, dem Beklagten, ein wechselseitiges Testament errichtet hatte, hat 1900, ohne daß der Beklagte hiervon Kenntnis erhalten, durch Übergabe einer Schrift vor dem Notar ein neues Testament unter Widerruf des älteren errichtet und damit den Kläger zu ihrem Erben eingesetzt. Der Vorderrichter folgert die Gültigkeit des Widerrufs mit Unrecht aus Art. 214 Abs. 1 E.G., worin nur von einer vor 1900 erfolgten Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen die Rede ist. Allein sein Ergebnis rechtfertigt sich aus Art. 214 Abs. 2, daß nach den bisherigen Gesetzen auch die „Bindung" des Erblassers bei einem gemeinschaftlichen Testamente beurteilt wird, sofern es vor dem Inkrafttreten des B.G.B. errichtet ist. Eine Frage der „Bindung" des Erblassers aber ist es, ob und inwieweit er das wechselseitige Testament widerrufen kann, seine Gebundenheit nimmt mit der Erschwerung des Widerrufs zu, mit dessen Erleichterung ab. Kammerger. III. C.S., U. v. 8. Okt. 1901, R.O. III Nr. 98.

Wäre das wechselseitige Testament unter der Herrschaft des B.G.B. errichtet, dann hätte die Erblasserin nur widerrufen können, wenn sie die im § 2271 Satz 11 in Verbindung mit § 2196 B.G.B. gegebene Formvorschrift beachtet hätte, also nur durch eine dem Beschwerdeführer gegenüber abgegebene gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung; durch eine neue Verfügung von Todes wegen konnte sie bei Lebzeiten ihres Mannes ihre im gemeinschaftlichen Testamente getroffene Verfügung korrespektiven Charakters nicht aufheben (§ 2271[2]). Da indes das Testament noch unter der Herrschaft des A.L.R. errichtet ist, so unterliegt der Widerruf nicht den Normen des B.G.B. — — — Aus dem eigentümlichen Charakter, welcher dem gemeinschaftlichen Testament nach dem B.G.B. innewohnt, ist zu entnehmen, daß die von ihm vorgeschriebene Form des Widerrufs sich der Anwendung auf ältere gemeinschaftliche Testamente entzieht.

Digitized by Google

Wie die Protokolle (5. S. 423 ff. und 446 ff.) erkennen lassen, ist man davon ausgegangen, daß die wechselseitigen Testamente unter Ehegatten vornehmlich korrespektive Verfügungen enthielten (S. 426), und daß zwischen einem gemeinschaftlichen Testamente und einem unter Vorbehalt des Rücktritts abgeschlossenen Erbvertrag insoweit, als es sich um die Beerbung des längstlebenden Ehegatten handele, kein grundlegender Unterschied bestehe, daß vielmehr beide demselben Zwecke dienten und die Wahl des einen oder des anderen oft von zufälligen Umständen abhänge. Daher wurde schließlich die Frage, in welcher Form die Aufhebung zu geschehen habe, unter Betonung des Umstandes, daß das gemeinschaftliche Testament ein Vertragselement in sich hätte und eine weitgehende Übereinstimmung mit dem Erbvertrage zeigte, dahin beantwortet, daß auf die korrespektiven Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes die Vorschriften für anwendbar erklärt sind, welche für einen unter Vorbehalt des Rücktritts geschlossenen Erbvertrag gelten (S. 458 f. B.G.B. §§ 2271 Abs. 1, 2296). Ein derartiger Charakter ist aber dem wechselseitigen Testamente des A.L.R. vollständig fremd — — — solche Testamente sind reine letztwillige Verfügungen — — sie konnten von den Ehegatten bei den Lebzeiten des anderen auch durch Errichtung eines neuen Testamentes widerrufen werden. Kammerger. I. C.S., B. v. 22. April 1901. R.O. II Nr. 184 f.

Erbvertrag. §§ 2274-2302.

21. Die Frage, ob die Vorschriften der §§ 2259 ff. B.G.B. (s. oben S. 362 Anm. 1) auch auf die offenen nicht in der besonderen amtlichen Verwahrung befindlichen Erbverträge entsprechende Anwendung finden, daß also die Notare verpflichtet sind, solche Erbverträge nach dem Tode eines Erblassers in Urschrift an das Nachlaßgericht abzuliefern, ist im Gegensatz zu den Entscheidungen des Kammergerichts vom 9. Juli 1900 (R.O. II Nr. 181. E.A.F.G. I S. 97) und vom 19. November 1900 (s. oben S. 362 Anm. 1) bejaht. Reichsger. IV. C.S., B. v. 1. April 1901. J.W. 1901 S. 324 ff., E.R.G. 48 Nr. 25.

Pflichtteil. §§ 2303-2345.

22. Ergäbe sich, daß die pflichtteilsberechtigte Klägerin aus dem Testamente nicht Erbin, sondern forderungsberechtigte Gläubigerin geworden, so hätte sie als solche das im § 2314 B.G.B. bestimmte Recht auf Auskunfterteilung nur dem Erben gegenüber. Die Ansicht, daß dieses Recht dem Pflichtteilsberechtigten, der nicht Erbe ist, auch gegenüber dem Testamentsvollstrecker zukomme, ist gegenüber der klaren Vorschrift des § 2314 nicht zu billigen. Einer analogen Anwendung stellen sich auch anderweite Vorschriften

Digitized by Google

des Gesetzes entgegen. Das Verlangen auf Auskunfterteilung ist ein Ausfluß des Pflichtteilsrechts; es soll präparatorisch der demnächstigen Realisierung des Pflichtteilsanspruches dienen. Gemäß dieser Funktion teilt es die rechtliche Natur des Pflichtteilsanspruches. Nach der die Passivlegitimation des Erben und des Testamentsvollstreckers regelnden ausdrücklichen Vorschrift im § 2213 Abs. 1 Satz 3 B.G.B. kann ein Pflichtteilsanspruch, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden. Der in dieser Bestimmung bezeichnete Pflichtteilsanspruch begreift nicht bloß den Fall in sich, daß ein Pflichtteil *zuwider* einer entgegenstehenden besonderen letztwilligen Verfügung gefordert wird, sondern im weiteren Sinne jeden Fall, in welchem der Pflichtteil verlangt wird. Die entgegenstehende Ansicht, nach welcher der Pflichtteilsanspruch des § 2213 nur in dem ersterwähnten engeren Sinne zu verstehen sei, findet weder in § 2213 noch in der sich anschließenden prozeßrechtlichen Bestimmung des § 748 C.P.O. eine Stütze. Reichsger. IV. C.S., U. v. 24. Febr. 1902 Bd. 50 Nr. 50.

Erbschein. §§ 2353-2370.

23. In dem Antrage auf Erteilung des Erbscheins für mehrere Erben sind die Erbteile anzugeben (§ 2357 Abs. 2). Erbteil ist der Anteil eines Miterben an der Erbschaft, Erbschaft aber das Vermögen eines Verstorbenen als Ganzes; auf den Erbteil finden die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung (§ 1922 B.G.B.). Mithin ist der Erbteil immer ein Bruchteil der Erbschaft, niemals eine Summe oder ein einzelner Nachlaßgegenstand (vgl. *Planck* Anm. 5 zu § 1922, *Endemann* 3 § 2 S. 8; etwas anderes ist der Teil der Erbschaft in den §§ 1950, 1952 Abs. 3 B.G.B.). Dieser Bruchteil, nicht das ziffermäßige Ergebnis der Auseinandersetzung unter den Miterben, gehört in den Antrag auf Erteilung des Erbscheins und in diesen selbst. — — Daß einzelne Erben bereits abgefunden sind, hat in dem Erbscheine keine Erwähnung zu finden. Berufen sind auch diese nach dem ihnen nach dem Gesetze gebührenden Anteile. Was sie sich darauf anrechnen zu lassen haben, ist Sache der Auseinandersetzung, nicht Gegenstand des Erbscheins als des Zeugnisses über das Erbrecht und über die Größe des Anteils. Kammerger. I. C.S., B. v. 8. Okt. 1900. R.O. I Nr. 244, S.A. 56 Nr. 54.

Der Erbschein ist nach § 2253 B.G.B. ein Zeugnis, das dem Erben über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Teile der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbteils, d. i. des Anteils

Digitized by Google

an der Erbschaft als Ganzem (§ 1922) erteilt wird. Es ist dem Erben gestattet, die Erteilung des Erbscheins in Beschränkung auf bestimmte Nachlaßgegenstände, z. B. nur in Ansehung eines Grundstücks zu beantragen (§ 42 der Königl. Bayerischen Bekanntmachung v. 31. Dez. 1899 betr. das Nachlaßwesen, J.M.Bl. 1900, S. 1); der Erbschein bezeugt aber auch in diesem Falle nur das Erbrecht, kann also nicht für Gegenstände erteilt werden, die ein Erbe aus dem Nachlaß im Wege der Auseinandersetzung unter Miterben oder als Vorausvermächtnis erhalten hat. Bayerisches O.L.G., B. v. 29. März 1901, E.B.O.L.G. II S. 193.

Die Legitimation des Erben durch Erbschein ist nicht zwingend vorgeschrieben; sie kann auch durch andere Urkunde, insbesondere durch Vorlegung der Testamentsurkunde und des Eröffnungsprotokolles beschafft werden (vgl. z. B. G.B.O. § 36 Abs. 1, Z.V.G. § 17 Abs. 3, Reichsschuldbuchges. § 11). Reichsger. V. C.S. U. v. 19. Sept. 1900, S.A. 56 Nr. 53.

Nach § 2357 Satz 2 kann zwar der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins von jedem der Erben gestellt werden, nach Abs. 2 und 3 sind aber im Antrage die Erben und ihre Erbteile, sowie die Annahme der Erbschaft (seitens der übrigen Erben) anzugeben, und gilt für diese „sich auf die übrigen Erben beziehenden Angaben *des Antragstellers* § 2356, d. h. die Angaben müssen nötigenfalls urkundlich nachgewiesen oder vor Gericht oder Notar als richtig an Eidesstatt versichert werden. Nach diesem Zusammenhange der Vorschriften ist die Auffassung, als könne unter dem „Antrage" in § 2357 *nicht* die Erklärung des antragstellenden Miterben, sondern der Begleitantrag des instrumentierenden Notars verstanden werden, unhaltbar. Die Angabe der Erbteile muß vielmehr seitens des Miterben, der die Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, vor Gericht oder Notar erfolgen. Kammerger. F.C.S., B. v. 26. Juli 1901, R.O. III Nr. 67 c.

Der Testamentsvollstrecker ist kraft seines Amtes befugt, die Erteilung eines Erbscheins zu beantragen, da die ordnungsmäßige Durchführung seines Amtes ohne den Erbschein unmöglich wäre. In dem Antrage sind die Vorschriften des Abs. 2 und 3 des § 2357 zu beobachten. Der Antrag muß auch in diesem Falle den im Gesetz gekennzeichneten Inhalt haben, wenn er vom Nachlaßgerichte berücksichtigt werden soll. Das Gesetz hat offenbar für die Entscheidung des mit der Erteilung des Erbscheins betrauten Gerichts eine bestimmte Grundlage schaffen wollen und deshalb vorgeschrieben, daß

Digitized by Google

der den Erbschein Nachsuchende einen bestimmten Vorschlag hinsichtlich des ihm zu gebenden Inhalts mache, insbesondere angebe, welche Personen durch Annahme der Erbschaft Erben geworden sind, und welchen sachlichen Umfang ihre Ansprüche haben. Es erhellt dies aus der Vorschrift des § 2358, wonach das Nachlaßgericht unter Benutzung der vom Antragsteller angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen hat. Die vom Nachlaßgerichte nötigenfalls zu entwickelnde Thätigkeit hat also zur Voraussetzung, daß die speziellen, zur Begründung des Antrages erforderlichen Thatsachen (§ 2359) vom Antragsteller behauptet und mit Beweis unterstützt sind.

Geht der Antrag von einem Erben aus, so wird, wie von der zweiten Kommission, welcher der § 2357 seine Entstehung verdankt, hervorgehoben ist, in dem Antrage die Antretung der Erbschaft in der Regel gefunden werden können und bedarf es dann nur betreffs der anderen Miterben der Angabe, daß sie die Erbschaft angenommen haben (Prot. 5 S. 678). Diese Angabe ist aber unbedingt erforderlich; denn die Annahme allein, nicht die Berufung zur Erbschaft, ist für den Erbschein von maßgebender Bedeutung, weil er nicht dazu bestimmt ist, die zur Erbschaft berufenen, sondern die Erben gewordenen Personen und den Umfang ihrer Rechte authentisch zu bezeugen (vgl. § 2365). — Der Testamentsvollstrecker hat nicht die Befugnis, für die Erben eine Annahmeerklärung abzugeben. — Mit Recht ist daher für seinen Antrag die Abgabe der vorhin erwähnten Angaben erfordert. Wenn demgegenüber darauf hingewiesen ist, daß sich die Erben und ihre Anteile aus dem Testamente ergeben, so wird dabei übersehen, daß das Testament nur als Beweismittel, nicht aber als Bestandteil des Antrags in Betracht kommen kann (vgl. §§ 2356, 2355). Kammerger. L. C.S., B. v. 16. Dez. 1901, R.O. IV Nr. 32 c.

Ein Vermächtnis beschwert den Erben, beschränkt ihn aber nicht. Das Gesetz unterscheidet zwischen Beschränkungen und Beschwerungen. Zu den ersteren gehören die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers und eine Teilungsanordnung, zu den letzteren Vermächtnisse und Auflagen. Von den Beschränkungen sind die Einsetzung eines Nacherben und die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in den Erbschein aufzunehmen (§§ 2363, 2364 B.G.B.), dagegen hat es nirgends angeordnet, daß bloße Be-

Digitized by Google

schwerungen in dem Erbschein ihren Platz finden sollen. Kammerger., B. v. 20. Juli 1900, R.O. I Nr. 182, E.A.F.G. I S. 100 f.

Die Größe der Erbteile ist im Erbschein dann nicht anzugeben, wenn die Erbteile wegen der Geburt einer noch zu erwartenden Leibesfrucht noch nicht feststeht. Die Ansicht, daß in solchem Falle die Größe der Erbteile ohne Rücksicht auf die Leibesfrucht anzugeben sei, ist zurückgewiesen als gegen die im § 1923 Abs. 2 angenommene Fiktion der Rückbeziehung des Eintritts der Erbrechtsfähigkeit auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers verstoßend. Kammerger. I. C.S., B. v. 24. Juni 1901, R.O. III Nr. 67 b, E.A.F.G. II S. 160 ff.

In dem Erbschein ist auch die Person des Nacherben namentlich zu bezeichnen. Es sind zu dem Zwecke vom Nachlaßgerichte amtliche Ermittlungen anzustellen und ist nach Maßgabe des Ergebnisses, wem zur Zeit der Ausstellung des Erbscheins das Nacherbfolgerecht, welches mit dem Tode des Erblassers als vererbliches erworben wird, zukam. Kammerger. I. C.S., B. v. 6. Jan. 1902, R.O. IV Nr. 103.

Die von H zur alleinigen Erbin eingesetzte A hat das Testament anerkannt und auf Antrag einen Erbschein erhalten. Nachdem sie aber auf Unwirksamkeit des Testamentes wegen Geisteskrankheit des H verklagt worden, hat das Nachlaßgericht beschlossen, daß „nachdem das Testament angefochten worden, also der Erbschein unrichtig geworden ist, er gemäß § 2361 eingezogen werde". Die Beschwerde wurde zurückgewiesen, der weiteren Beschwerde stattgegeben.

Das Rechtsmittel ist zulässig, da die Anordnung die Rechte der Erben beeinträchtigt und demgemäß nach §§ 19 und 20 F.G.G. von ihm angefochten werden kann. Die Ausnahmebestimmung des § 84, wonach ein Beschluß, durch den der Erbschein für kraftlos erklärt wird, nicht angefochten werden kann, findet auf die Anordnung der Einziehung keine Anwendung.[1])

In der Sache selbst beruhen die Beschlüsse der Vorinstanzen auf unrichtiger Auslegung des § 2361 B.G.B., welcher voraussetzt, daß sich die Unrichtigkeit des Erbscheins ergeben hat. Der Begriff der „Unrichtigkeit" ist nicht näher erläutert. Nach dem einfachen Wortsinn ist Unrichtigkeit des Erbscheins dann anzunehmen, wenn er etwas beurkundet, was dem wirklichen Sachverhalte nicht entspricht, also, soweit das beurkundete Erbrecht selbst in Betracht

[1]) Ebenso Kammerger. I. C.S., B. v. 9. Dez. 1901, R.O. VI Nr. 32 d.

Digitized by Google

kommt, wenn positiv festgestellt ist, daß dies Erbrecht nicht bestehe. Betrachtet man aber die Vorschriften über den Erbschein im Zusammenhange, so zeigt sich, daß jene Annahme zu eng ist. Die Erteilung des Erbscheins setzt voraus, daß das Gericht sich von dem Bestehen des Erbrechts des Antragstellers überzeugt hat, wenn die zur Begründung des Antrages erforderlichen Thatsachen vom Gericht für festgestellt erachtet werden (§ 2359 B.G.B.). Nach § 2361 Abs. 3 B.G.B. ist das Gericht in der Lage über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheins Ermittlungen anzustellen, und ist nach § 22 F.G.G. dazu verpflichtet. Führen diese nachträglichen Ermittlungen zu einem non liquet, so widerspricht der erteilte Erbschein dem Grundsatze (§ 2359), daß nur der als solcher ausgewiesene Erbe die Rechtsvorteile des provisorischen Zeugnisses genießen soll. Der Erbschein muß also auch hier als unrichtig angesehen werden. — Damit ist aber keineswegs gesagt, daß das Gericht jedesmal schon dann den Erbschein einzuziehen hat, wenn nachträglich Zweifel obwalten. Diese Zweifel haben nicht die sofortige Einziehung des Erbscheins, sondern die Anstellung neuer Ermittlungen zur Folge. Solche anzustellen, kommt ja der Richter überhaupt erst in die Lage, wenn ihm Zweifel an der Richtigkeit des Erbscheins auftauchen. Schreibt also das Gesetz solche Ermittlungen vor, so verbietet es damit zugleich, bei auftauchenden Zweifeln den Erbschein sofort einzuziehen. — Danach genügt nicht, daß über die Testierfähigkeit des Erblassers begründete Zweifel vermöge der widersprechenden Gutachten der Sachverständigen bestünden. Das Gericht mußte sich über den Wert der Gutachten eine eigene Überzeugung bilden, geeignetenfalls eigene Ermittlungen anstellen. Über die Ausdehnung dieser Ermittlungen und ihr Verhältnis zu einem anhängigen Prozesse besteht allerdings in der Theorie noch wesentliche Meinungsverschiedenheit (Gruchot 43 S. 666, Weißler, Nachlaßverfahren S. 235) und nicht überall völlige Klarheit (z. B. Endemann, Lehrb. 3 § 116 4d und Anm. 49). Nachdem aber einmal das Gesetz die Erteilung des Erbscheins auch bei anhängigem Rechtsstreite über das Erbrecht zugelassen hat[1]) (Prot. 5 S. 618), ohne eine andere Beschränkung außer dem vorgeschriebenen Gehör des Gegners zu treffen, muß man dem Nachlaßgerichte gemäß seiner Stellung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Pflicht völlig selbständiger und verantwortlicher Prüfung und Entscheidung

[1]) S. auch Kammerger. I. C.S., B. v. 11. Febr. 1901, R.O. II Nr. 184 b.

Digitized by Google

über die thatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des zu bezeugenden Erbrechts zusprechen (vgl. auch Prot. 5 S. 671 f.). Dabei hat das Gericht besonders zu berücksichtigen, daß das Erbrecht eines Testamentserben gegenüber der Behauptung der Geisteskrankheit des Testators — vorausgesetzt, daß im übrigen kein Mangel des Berufungsgrundes vorliegt — solange als bewiesen angesehen werden muß, als nicht der Nachweis der Geisteskrankheit wirklich geführt ist (Beckh, Beweislast nach dem B.G.B. S. 141, Endemann, Lehrbuch I S. 162). O.L.G. Jena, B. v. 27. Febr. 1901, R.O. II Nr. 126a, E.A.F.G. II S. 63 ff.

Die Ausführung des Landgerichts, daß die Einziehung eines Erbscheins gemäß § 2361 B.G.B. auch dann zulässig ist, wenn sich der Erbschein bei einer Nachprüfung aus Rechtsgründen als unrichtig erweist, ist nicht zu beanstanden. Denn § 2361 spricht ganz allgemein von „unrichtigen" Erbscheinen, und der Zweck der Vorschrift würde nur sehr unvollkommen erfüllt werden, wenn sie sich auf Erbscheine, beschränkte, bei deren Erteilung der Nachlaßrichter von thatsächlich falschen Unterlagen ausgegangen ist. Kammergericht F.C.S., B. v. 16. Aug. 1901, R.O. III Nr. 67 f.

Der Nacherbe ist allerdings nicht zu dem Antrage berechtigt, daß dem Vorerben ein Erbschein erteilt werde, daraus folgt aber nicht, daß ihm nicht das Recht zusteht, die Einziehung eines dem Vorerben erteilten Erbscheins zu beantragen, durch den sein Recht beeinträchtigt wird. — — — Zu dem Antrag auf Einziehung ist jeder berechtigt, dessen Recht infolge des öffentlichen Glaubens des Erbscheins durch dessen Unrichtigkeit gefährdet wird; der Antrag auf Einziehung tritt an die Stelle der wegen des öffentlichen Glaubens des Erbscheins nicht statthaften Beschwerde gegen dessen Erteilung,[1]) die nach § 20 Fr.G.G. jedem zustehen würde, dessen Recht durch die Erteilung beeinträchtigt ist. Eine solche Beeinträchtigung kann sich aus dem unrichtigen Erbschein, der einem Vorerben erteilt ist, auch für den Nacherben ergeben. Bayerisches O.L.G. I. C.S., B. v. 22. Nov. 1901, R.O. IV Nr. 33b, E.B.O.L.G. II S. 725 ff. (Nr. 168).

[1]) S. auch Bayerisches O.L.G., B. v. 5. Aug. 1901, E.B. O.L.G. II S. 545.

Digitized by Google

XVII.

Sprechsaal.

(Fortsetzung v. H. 3.)

16.

A. klagt gegen B. auf Zahlung einer in dem Grundstücke Nr. 231 eingetragenen Hypothek von 3000 Mk. B. erklärt, daß er 1600 Mk. schulde, hinsichtlich des Restes von 1400 Mk. aber mit einer ihm von X. cedierten Forderung des X. an A. in Höhe von 1400 Mk. aufrechne. A. bestreitet zwar, daß X. eine Gegenforderung an ihn habe. Die Beweisaufnahme ergibt aber, daß dem X. gegen A. eine Forderung in Höhe von 1400 Mk. zusteht. B. beantragt,

> die Klägerin A. mit ihrer Klage abzuweisen, insoweit sie mehr begehrt, als Verurteilung des B. zur Zahlung von 1600 Mk. Zug um Zug gegen Herausgabe des Hypothekenbriefs nebst öffentlich beglaubigter Cession desselben auf den B.

A. fordert von B. den urkundlichen Nachweis, daß die Forderung des X. an A. dem B. cediert ist. Diesen Nachweis erbringt B. nicht. Eine Anzeige an A. gemäß § 409 B.G.B., daß die Forderung an B. übergegangen ist, ist nicht erfolgt.

Wie hat das Urteil zu lauten?

17.

A. und B. sind im Jahre 1901 gesetzliche Erben des X. zu gleichen Teilen geworden, auch ist ihnen vom Nachlaßgerichte ein dahingehender Erbschein erteilt worden. Der Nachlaß des X. besteht lediglich in einem in Rostock belegenen Grundstück, für welches das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist. B. weigert sich, mit A. Teilung zu halten. Wie kann A. diese Teilung durchsetzen?

Actio communi divid. resp. fam. herc. bei Eigentum zur gesamten Hand?

Zwangsversteigerung?

Zwangsversteigerungs-Vo. findet nach § 1 E.G. z. Zw.Verst.Vo. nur auf Grundstücke Anwendung, für welche das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

Digitized by Google

Zwangsversteigerungs-Vo. v. 24. Mai 1879 setzt einen vollstreckbaren Titel voraus.

18.

Der Kaufmann S. errichtet 1887 ein Testament, in welchem er bestimmt:

Zu meinen Erben setze ich ein

I. meine Ehefrau Anna geb. T.,

II. meine 5 Kinder, Vornamens A., B., C., D., E.

und zwar setze ich meine Ehefrau ein auf die ihr nach dem Rostocker Stadtrechte zustehende statutarische Portion. Die Ehefrau übt das ihr nach Rost. Stadtr. Art. XII Tl. II Tit. II zustehende Wahlrecht dahin aus, daß sie ihr Eingebrachtes einwerfen und vom Gesamtgut die Hälfte haben will.

Sie beantragt Erteilung des Erbscheins für sich. Wie hat derselbe zu lauten? (Auf welche Quote des Nachlasses?)

19.

Im Grundbuch für M. stand eine Hypothek eingetragen für die Apothekerfrau Köppen in Höhe von 10000 Mk. Die Köppenschen Eheleute zogen im Mai 1899 nach Rostock und riefen im Juni 99 das Rost. Güterrecht auf. Im Juli 99 starb die Frau Köppen und hinterließ als Erben ihren Mann und ihre minderjährige Tochter. Im Jahre 1900 verkaufte der Apotheker Köppen die Hypothek von 10000 Mk. im eigenen Namen an Hoßack, übergab sie ihm und gab notarielle Cessionsakte. Das Grundbuchamt M. verweigerte die daraufhin beantragte Umschreibung, da es das Rost. Stadtrecht nicht kenne und verlangte grundbuchordnungsmäßige Abtretungserklärung durch die Tochter. Bald darauf, noch im Jahre 1901, starb Köppen und hinterließ als einzige Erbin seine Tochter.

Hoßack erhob nun Klage gegen die minderjährige Köppen auf Abtretungserklärung. L.G. wies ab, weil in anbetracht der nach Rost. Stadtrecht II, 2, 6 hinsichtlich des Nachlasses der Frau eingetretenen Gemeinschaft zur gesamten Hand die Verfügung über die zur Hälfte auf den Mann, zur Hälfte auf die Tochter vererbten Hypothek seitens des Mannes allein unwirksam und — ähnlich wie nach B.G.B. § 1445 — so auch die obligatorische Verpflichtung zur Verf. unwirksam sei. O.L.G. hob auf und verurteilte, indem es dahingestellt ließ, ob die Verfügung dinglich wirksam sei, da ja mindestens Köppen die Verpflichtung zur Übertragung der Hypothek übernommen, solche Verpflichtung auch bez. fremder Rechte wie Sachen an sich zulässig sei und auch das Gesamthandsverhältnis dem nicht entgegenstehe, da die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach Rost. Stadtrecht II, 2, 6, in welcher nur der Nachlaß des einen Gatten befangen sei, ganz anders stehe als die Gütergemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die das Gut beider Gatten umfasse und deshalb wegen der Schuldenhaftung des Gesamtguts einer Bestimmung wie in §§ 1444 f. hinsichtlich der obligatorischen Verpflichtung

Digitized by Google

bedürfe, während bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft des Rost. Stadtrechts das Gesamtgut für die Schulden des Überlebenden nicht haste und deshalb ein Grund, auch die obligatorischen Verpflichtungen für unwirksam zu erklären, nicht bestehe. Es behielt aber den Beklagten Geltendmachung der beschr. Erbenhaftung vor. R.G. bestätigte und führte aus, daß auch der Vorbehalt wirksam sei, da bei Verurteilungen unter dem Vorbehalt des § 780 C.P.O. die Zwangsvollstreckung nicht nach § 894, sondern nach § 888 erfolge, so daß in dem Verf. aus § 888 der Vorbehalt geltend gemacht werden könne.

Kl. Hoßack verlangte nun demgemäß die Abtretungserklärung, und da Köppens Vormund, der eine solche über 5000 Mk., den Anteil aus dem Nachlaß des Vaters, anbot, eine andere nicht geben wollte, extrahierte Hoßack Beschluß des L.G. aus C.P.O. § 888 mit Strafandrohung von 300 Mk.

Hiergegen erhob nun der Köppensche Vormund unter dem Nachweis, daß Nachlaßverwaltung und -Konkurs abgelehnt seien unter Bezugnahme auf B.G.B. § 1440 Klage aus C.P.O. §§ 781, 785, 767 auf Unzulässigkeitserklärung der Zw.V., soweit der Zw.V.Beschluß die Cession von mehr als 5000 Mk. aufgebe und auf Rückerstattung der ganzen Kosten der Zw.V., da infolge des Angebots der Cession über 5000 Mk. auch hinsichtlich dieser eine Zw.V. nicht erforderlich gewesen sei. Es wurde dem Klagantrag gemäß erkannt. Denn in der Hauptsache war dem Kl. die Erschöpfungseinrede des § 1990 vorbehalten; in dieser Beziehung mußte untersucht werden, ob durch die Cession des Vaters die Hypothek schon mit dinglicher Wirkung auf Hoßack übergegangen war oder nicht. Denn hatte sie dingliche Wirkung, so war die Hypothek überhaupt nicht mehr weder im Nachlaß des Vaters noch in dem der Mutter, und Kl. mußte, da dann der Vorbehalt bedeutungslos war, trotz desselben die grundbuchmäßige Erklärung (zur Berichtigung des Grundbuchs) abgeben; nun aber, wenn die Cession nicht dinglich wirksam war, also die Hypothek noch zur Hälfte in ihrem mütterlichen zur Hälfte im väterlichen Nachlaß war, habe der Vorbehalt Bedeutung. L.G. nahm nun an gemäß Rost. Stadtr. II, 2, 6 und Rats-V.O. vom 2.9. 1822 und 1863, daß wie bei der ehelichen so auch bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft des Rost. Rechts der Vater über die Hypothek — und zwar, da es Samtgut war, auch nicht zu seiner Hälfte — einseitig verfügen konnte, daß diese güterrechtliche Verfügungsbeschränkung trotz § 1643 B.G.B. maßgebend war, und daß § 1643 schon deshalb nicht Anwendung fand, weil der Vater nicht im Namen des Kindes gehandelt hatte. Demnach war der Vorbehalt von Bedeutung und brauchte Köppen nicht mehr als 5000 Mk. zu cedieren, obwohl noch sonstiger Nachlaß vorhanden war, da ja cum viribus gehaftet wird. (Erforderlich würde sein Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dann erst Zwangsvollstreckung in den Rest des Nachlasses.) — Hinsichtlich der Kostenerstattung wird das Urteil teils auf § 788 [1], teils 788 [2] C.P.O. (letzteres mit Unrecht) gegründet.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Das Deutsche Privatrecht

in

seinen Grundzügen

für Studierende

von

Dr. Heinr. Gottfr. Gengler.

Vierte verbesserte Auflage.

Preis: 13 Mark, geb. 15 Mark.

Gengler, Prof. Dr. H. G., Germanische Rechtsdenkmäler. Leges Capitularia Formulae. 12 M., Glossar dazu 3 M.

— —. **Deutsche Stadtrechtsaltertümer.** 10 Mk.

Sammlung
handelsrechtlicher und wechselrechtlicher Fälle.

Zum akademischen Gebrauch

von

Dr. Emil Sehling,
Professor der Rechte in Erlangen.

Zweite vollständig umgearbeitete Auflage.

1 M. 80 Pf., kart. 2 M. 10 Pf.

Lehrbuch
des
Deutschen Strafrechts.

Von

Dr. Hugo Meyer,
Professor der Rechte in Tübingen.

5. umgearb. Aufl. 12 M., geb. 13 M. 80 Pf.

Digitized by Google

Wirtschafts- u. Verwaltungsstudien mit besonderer Berücksichtigung Bayerns. Herausg. von Professor Dr. **Georg Schanz** in Würzburg.

I. G. Schanz, Zur Geschichte der Kolonisation und Industrie in Franken. (XVIII u. 426 S. Text u. 354 S. Urkunden.) 12 M.

II. L. Hoffmann, Ökonomische Geschichte Bayerns unter Montgelas. 1799—1817. (IV u. 146 S.) 2 M.

III. G. Zoepfl, Fränkische Handelspolitik im Zeitalter der Aufklärung. Mit 2 Karten. (VIII u. 348 S.) 5 M.

IV. A. Köberlin, Der Obermain als Handelsstraße im späteren Mittelalter. (VIII u. 70 S.) 1 M. 80 Pf.

V. Wilh. Mayer, Anerben- und Teilungssystem dargelegt an zwei pfälzischen Gemeinden Gerhardsbrunn und Martinshöhe. Mit 3 Karten. (VIII u. 48 S.) 2 M.

VI. Robert Schachner, Das bayerische Sparkassenwesen. Mit 1 Tabelle. (X u. 132 S.) 3 Mk.

VII. Friedr. Lindner, Die unehelichen Geburten als Sozialphänomen. Ein Beitrag zur Statistik der Bevölkerungsbewegung im Königreich Bayern. Mit 2 Karten. (X u. 238 S.) 4 M. 80 Pf.

VIII. Bruno Kmiotek, Siedelung und Waldwirtschaft im Salzforst. Ein Beitrag zur deutschen Wirtschaftsgeschichte. Mit einer Karte des Salzforstgebiets. (X u. 194 S.) 3 M. 60 Pf.

IX. K. Heil, Die Reichsbank und die bayerische Notenbank in ihrer gegenseitigen Entwicklung in Bayern 1876—1899. Mit 1 Karte. (XII u. 68 S.) 1 M. 60 Pf.

X. Friedrich Müller, Die geschichtliche Entwicklung des landwirtschaftlichen Genossenschaftswesens in Deutschland von 1848 bis zur Gegenwart. (XX u. 552 S.) 10 M.

XI. Fr. Lohmann, Die Entwicklung der Lokalbahnen in Bayern. Mit einer Karte. (X u. 238 S.) 6 M. 50 Pf.

XII. A. K. Maier, Der Verband der Glacéhandschuhmacher und verwandten Arbeiter Deutschlands. 1869—1900. (VIII u. 392 S.) 8 M.

XIII. Otto Rustmann, Zur Frage der Mobiliar-Feuerversicherung im Königreiche Bayern. (VIII u. 82 S.) 1 M. 50 Pf.

XIV. Ernst Heubach, Die zukünftige Verkehrsentwicklung auf dem regulierten Main mit besonderer Berücksichtigung der Stadt Würzburg. (X u. 74 S.) 1 M. 80 Pf.

XV. M. R. Weyermann, Das Verlagssystem der Lauschaer Eisenwaren-Industrie und seine Reformierung. (X u. 154 S.) 3 M. 50 Pf.

XVI. Gottfried Hartung, Die bayerischen Landstraßen, ihre Entwickelung im XIX. Jahrhundert und ihre Zukunft. Eine historisch-kritische Studie aus dem Gebiete der bayerischen Verkehrspolitik. (VIII u. 108 S.) 2 M.

XVII. Hübschmann, Arthur, Die obligatorische Mobiliarbrandversicherung in der Schweiz. (VIII u. 92 S.) 2 M. 40 Pf.

XVIII. Limburg, Herm., Die königliche Bank zu Nürnberg in ihrer Entwicklung 1780—1900. (X u. 184 S.) ca. 4 M.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und **Dr. Julius Binder,**
o. Professoren der Rechte an der Universität Rostock u. Erlangen.

6. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1905.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (G. Böhme), Leipzig.

Das

landesherrliche Abolitionsrecht.

Von

Dr. **Joseph Heimberger,**
ord. Professor der Rechte in Bonn.

Preis: 2 Mk. 80 Pf.

Der Begriff der Gerechtigkeit

im

Strafrecht.

Von

Dr. **Joseph Heimberger,**
Professor der Rechte in Bonn.

Preis: 80 Pf.

Zur Reform des Strafvollzugs.

Von

Dr. Joseph Heimberger,
Professor der Rechte in Bonn.

Preis: 1 Mark.

Die Bedeutung

des

Rechtsirrtums im Strafrecht.

Von

Dr. **Philipp Allfeld,**
o. Professor der Rechte.

Preis: 80 Pf.

Digitized by Google

Beiträge

zur

Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Bernhöft und Dr. Julius Binder,
o. Professoren der Rechte an der Universität Rostock u. Erlangen.

---

6. Heft.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1905.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

AUG 17 '26

Digitized by Google

Inhalt.

		Seite
XVIII.	Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen in dem B.G.B. . .	381
XIX.	Golde, Das Verhältnis der Haftung aus unerlaubten Handlungen zur Haftung für vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit einer Leistung	394
XX.	Bunsen, Der Schutz des Eigentums im Bürgerlichen Gesetzbuche	419
XXI.	Binder, Übersicht über die Zeitschriften des Jahrgangs 1900 .	455
XXII.	Sachregister	459

Digitized by Google

Digitized by Google

XVIII.

Zur Lehre von den Fiktionen in dem B.G.B.

Von

Professor Dr. **Fr. Bernhöft.**

Die an Zweifeln reiche Lehre von den Fiktionen hat im heutigen Recht eine erhöhte Bedeutung erhalten. Das Bürgerliche Gesetzbuch liebt die Fiktionen wie die Präsumtionen außerordentlich und häuft sie vielfach in der Art, daß es mehrere Fiktionen oder mehrere Präsumtionen oder auch Fiktionen mit Präsumtionen oder umgekehrt verbindet. Auf diese Weise entstehen dann kunstvoll verschlungene Reihen, die wohl geeignet sind, das Entzücken des Dialektikers zu erregen, in der praktischen Anwendung aber erhebliche Schwierigkeiten bereiten und gelegentlich auch zu recht seltsamen Ergebnissen führen.

Unter diesen Umständen hat es ein großes praktisches Interesse, einige Fiktionen, die am häufigsten zur Anwendung kommen, einer genaueren Untersuchung zu unterziehen.

Von allgemeinen Erörterungen glaube ich dabei absehen zu dürfen. Nur möchte ich der Fiktion den mystischen Charakter, den man ihr häufig mehr oder weniger deutlich zugeschrieben hat, mit aller Bestimmtheit absprechen. Sie ist lediglich eine in der Gesetzestechnik zur Anwendung kommende Denkform, nicht mehr und nicht weniger. Die bisweilen mehr oder weniger verhüllt auftretende Ansicht, als ob das Fingierte eine Art juristischer Wahrheit sei, oder als ob es sich der Richter wenigstens unter einer Art von Hypnose als wahr vorstelle, ist falsch. Das Fingierte wird durch die Fiktionen keineswegs wahr, wohl aber treten in dem Anwendungsgebiete des betreffenden Rechtssatzes dieselben Folgen ein, wie sie

Digitized by Google

das Fingierte gehabt haben würde. Damit erledigt sich auch die Frage, ob fingierte Rechte wirkliche Rechte sind. Das fingierte Recht ist ebensowenig ein wirkliches Recht, wie die fingierte Thatsache eine wirkliche Thatsache ist, aber durch Fiktion entstehen Rechte, und das sind wirkliche Rechte. Wenn der Prätor bei der Diebstahlsklage den Fremden, der bestohlen worden ist, als römischen Bürger fingiert („si civis Romanus esset"), so wird dieser dadurch nicht zum römischen Bürger, und der Prätor bildet sich auch keinen Augenblick ein, daß er es sei, aber aus der Fiktion entspringt für ihn das Recht auf Buße des anderen, das gleich dem eines römischen Bürgers ist, und dies ist ein wirkliches Recht. Oft wird der Unterschied dadurch verdunkelt, daß das durch die Fiktion entstandene und das fingierte Recht einander sehr ähnlich sind. Wenn der Prätor den bonorum possessor als heres fingiert, so wird dieser dadurch nicht heres, aber er bekommt ganz ähnliche Rechte wie ein heres.

In der Ausdrucksweise werde ich dem von Bekker eingeführten Sprachgebrauche folgen, der am besten geeignet ist, die juristischen Unterschiede scharf hervortreten zu lassen.

Unter Fiktionsbasis verstehe ich demnach die Voraussetzungen, an die die Fiktion geknüpft ist. Diese muß natürlich nachgewiesen werden, wenn die Wirkungen der Fiktion eintreten sollen. In den vorstehenden Beispielen ist Fiktionsbasis der an einem Fremden verübte Diebstahl, die Erteilung der bonorum possessio. In der Regel muß natürlich die Fiktionsbasis wahr sein, ausnahmsweise kann sie selbst wieder auf einer Fiktion beruhen. Diese Ausnahmefälle sind, wie wir sehen werden, gerade im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht selten.

Unter fingiertem Thatbestand verstehe ich den Thatbestand, dessen Wirkungen infolge der Fiktion eintreten. Der fingierte Thatbestand wird durch die Fiktion nicht wahr.[1]) In dem Vorstehenden ist fingierter Thatbestand das Bürgerrecht des Bestohlenen, die Eigenschaft des bonorum possessor als eines Erben.

Bei den im Bürgerlichen Gesetzbuch vorkommenden Ketten von Fiktionen können sich verschiedenartige Verschlingungen ergeben. Z. B. ist in § 1155 die Fiktionsbasis, daß sich das Gläubigerrecht

[1]) Natürlich kann er auch wahr sein. Eintragungen im Grundbuch werden im § 892 als richtig fingiert und werden, von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, auch wirklich richtig sein.

Digitized by Google

des Besitzers eines Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt. Fingierter Thatbestand ist dann, daß der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Dabei wird auf § 892 verwiesen. Im § 892 ist nun aber jener fingierte Thatbestand eine Fiktionsbasis für eine neue Fiktion.

I.

Abtretung von Hypothekenforderungen durch unbeglaubigte Abtretungserklärung.

Das Gesetz gestattet die Abtretung von Briefhypotheken durch § 1155.
Übergabe des Briefes und schriftliche Abtretungserklärung. Für den Fall, daß die Abtretungserklärung in öffentlich beglaubigter Form abgegeben wird, finden die Regeln über den öffentlichen Glauben zu gunsten des Erwerbers Anwendung, und schon aus diesem Grunde empfiehlt es sich dringend, auf Abtretung in öffentlich beglaubigter Form zu bestehen. Immerhin ist aber zu fürchten, daß der Erwerber sich aus Bequemlichkeit, vielleicht auch sogar aus Sparsamkeit, oder aus anderen Gründen oft mit einer einfachen schriftlichen Abtretung begnügen wird, und daß die Frage, wie sich in einem solchen Falle seine Rechtstellung gestaltet, ein aktuelles Interesse gewinnt.

Gehen wir bei der Untersuchung von dem Falle der öffentlich beglaubigten Erklärung aus.

§ 1155 Satz 1 bestimmt:

> Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre.

Wenn also A, der im Grundbuch als Gläubiger eingetragen ist, an B die Hypothek durch Eintragung ins Grundbuch abtritt, so gilt:

1. Die Fiktion des § 892, daß A Hypothekengläubiger war, und daß gegen ihn keine anderen als die aus dem Grundbuch ersichtlichen Einreden bestehen (§ 1157). Ein Gegenbeweis hiergegen

Digitized by Google

ist ausgeschlossen. Ein Einwand kann — abgesehen von dem Falle, daß ein Widerspruch eingetragen ist — lediglich darauf gestützt werden, daß B bei dem Erwerbe nicht in gutem Glauben war.

2. Die Vermutung des § 891, daß der Erwerb des B rechtbeständig ist. Hiergegen sind alle Gegenbeweise möglich, ebenso sind alle gegen B begründeten Einreden unbeschränkt zulässig.

Wenn A, der im Grundbuch eingetragen ist, an B durch eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung abtritt, so gilt zu gunsten des B zweifellos die Fiktion des § 892, daß die Eintragung des A als Gläubiger rechtsbeständig ist, denn die Fiktionsbasis (Erwerb eines Rechtes an einem Grundstücke) ist vorhanden. Es hätte hierzu gar nicht des § 1155 bedurft. Dagegen würde die Vermutung des § 891, daß dem B das Gläubigerrecht zusteht, an sich nicht Platz greifen, da B nicht als Gläubiger eingetragen ist. Vielmehr wird die Vermutung erst in Verbindung mit § 1155 begründet.

Die Figur ist auch verhältnismäßig einfach. Es knüpft sich an die Fiktion des § 1155 die Vermutung des § 891.

Fiktionsbasis des § 1155 ist die Legitimation des Besitzers (B) durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung.

Fingiert wird infolgedessen, daß B als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist.

Dieser fingierte Thatbestand bildet wieder die Basis für die Präsumtion des § 891, daß das betreffende Recht dem B wirklich zusteht.

Tritt nun weiter B an C beglaubigt ab, so daß die Reihe entsteht:

A im Grundbuch eingetragen,
A an B beglaubigt,
B an C beglaubigt,

so muß nunmehr die Berechtigung des B nach § 892 fingiert werden. Denn da schon B legitimierter Besitzer war, so treten nach § 1155 dieselben Folgen ein, wie wenn er eingetragen gewesen wäre. Es knüpft sich an die Fiktion des § 1155 die Fiktion des § 892 in der Art, daß der fingierte Thatbestand des § 1155 wieder die Fiktionsbasis des § 892 bildet.

Außerdem wird natürlich die Berechtigung des C nach § 1155 in Verbindung mit § 891, wie oben gezeigt, vermutet.

Tritt dagegen B an C unbeglaubigt ab, so daß die Reihe entsteht:

Digitized by Google

A im Grundbuch eingetragen,
A an B beglaubigt,
B an C unbeglaubigt,

so ist es freilich richtig, daß nunmehr für den jetzigen Besitzer C die Fiktionsbasis des § 1155 nicht mehr besteht, da er nicht durch eine zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimiert ist. Bei wörtlicher Auslegung könnte man auf Grund dessen zu dem Schluß kommen, daß § 1155 überhaupt nicht mehr Anwendung finde, daß also die Fiktion des § 892 und die Vermutung des § 891, die zu gunsten des B begründet waren, solange dieser Besitzer war, wieder erlöschen.[1])

Aber der Schluß, der übrigens auch der allgemeinen Meinung widerspricht, würde falsch sein. Es ist dabei übersehen, daß B das Forderungsrecht, wenn sein Erwerb rechtsbeständig war, auf Grund der Fiktion des § 892 (daß A berechtigt sei) bereits erworben hatte, und daß er dieses fest erworbene Recht, so wie es war, durch die unbeglaubigte Abtretung auf C übertrug. Die Fiktion hat bereits gewirkt und diese Wirkung wird durch die Weiterübertragung selbstverständlich nicht aufgehoben.

Aber noch mehr. Zu gunsten des C muß nunmehr auch die Berechtigung von B fingiert, nicht bloß vermutet werden. Auch dies folgt aus einer Verbindung von § 1155 mit § 892. Da B durch eine fortlaufende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimiert war, so war er, solange er den Hypothekenbrief besaß, nach § 1155 ebenso anzusehen, als ob er im Grundbuch eingetragen gewesen wäre. Diese Fiktion kann offenbar nicht dadurch, daß er die Hypothek veräußert, erlöschen. Besteht sie aber weiter, so erwirbt C die Hypothek von einem Rechtsvorgänger, der gleich einem eingetragenen Gläubiger anzusehen ist, es tritt also weiter die Fiktion des § 892 in Kraft. Daß C unbeglaubigt erworben hat, ist in dieser Beziehung gleichgültig, da der § 892 zu gunsten jedes Erwerbers gilt.[2])

---

[1]) Die Ansicht scheint in der Kommission aufgetaucht zu sein. S. Protokolle VI S. 267. „Es war die Ansicht vertreten worden, das Erfordernis einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von Abtretungserklärungen habe die Bedeutung, daß, wenn auch nur einer Abtretungserklärung die öffentliche Beglaubigung fehle, gegen den Erwerber alle Einreden geltend gemacht werden könnten, die gegenüber dem früheren Gläubiger entstanden seien." Sie wurde aber schon damals entschieden bekämpft.

[2]) Dies wird in den Protokollen a. a. O. mit Recht hervorgehoben: „Nach

Digitized by Google

Dagegen entsteht natürlich die Vermutung des § 891, daß C berechtigt sei, nicht.

Es ergibt sich also:

Wenn jemand von einem legitimierten Rechtsvorgänger unbeglaubigt erwirbt, so wird die Berechtigung seines Rechtsvorgängers zu seinen gunsten fingiert, dagegen hat er den Erwerb des Rechtes nach gewöhnlichen Beweisregeln zu beweisen.

Es kann demnach dem C gegenüber nicht geltend gemacht werden, daß die Hypothek zur Zeit des B durch Zahlung an diesen erloschen ist. Nach § 1157 gilt dasselbe für alle Einreden, die dem Eigentümer gegen B zustanden.

Diese Folgerung ist indessen gerade bei dem Einwand der Zahlung äußerst bestritten. Die Protokolle a. a. O. sagen allerdings sehr entschieden:

„Der redliche Erwerber einer Hypothek, der sich nicht auf die in § 1062 (= 1155) bezeichneten öffentlich beglaubigten, vielmehr nur auf privatschriftliche Abtretungserklärungen stützen könne, sei also gesichert gegen eine in der Zwischenzeit erfolgte Auszahlung der Hypothek. . . ."

Dagegen Planck a. a. O. ebenso entschieden:

„Aber darin steht er hinter dem gemäß § 1155 legitimierten oder dem eingetragenen Besitzer zurück, daß ihm stets trotz seines guten Glaubens entgegnet werden kann, sein Rechtsvorgänger sei zur Verfügung über die Hypothek nicht berechtigt gewesen, und infolgedessen diese nicht auf ihn übergegangen. Daher ist auch der Einwand der Zahlung unbeschränkt zulässig, denn letzterer führt nicht den Untergang der Hypothek herbei, sondern ihren Übergang auf den Eigentümer oder auf den persönlichen Schuldner oder auf einen Dritten."

Ich halte das letztere für den vorliegenden Fall, der jedenfalls von dem Wortlaut der angeführten Planckschen Stelle mit umfaßt wird, nicht für richtig. Denn B war zur Zeit seines Besitzes legitimierter Besitzer und ist daher gleich einem eingetragenen Gläubiger zu behandeln, dann aber wird seine Berechtigung, die freilich in Wirklichkeit durch die Zahlung aufgehoben war, nach § 892 fingiert. In dieser Beziehung macht es keinen Unterschied,

§ 810 [= 892] komme es nicht darauf an, daß der Erwerb, welcher den Schutz des guten Glaubens genieße, mittels einer Eintragung ins Grundbuch gemacht sei. Dies ergebe sich unzweideutig, wenn man den Abs. 2 mit dem Abs. 1 vergleiche u. s. w."

Digitized by Google

ob der Rechtsnachfolger (C) durch beglaubigte oder durch unbeglaubigte Abtretungserklärung erwirbt. Und ebensowenig kann es darauf ankommen, ob das Recht, welches den Gegenstand der Übertragung bildet, erloschen oder auf einen anderen übergegangen ist. Allerdings hat der Eigentümer oder ein anderer durch die Zahlung die Hypothek erworben, aber die von ihm erworbene Hypothek erlischt eben wieder zu gunsten des C infolge des Schutzes des guten Glaubens. Der Fall liegt genau ebenso, wie wenn M eine dem N gehörige Sache von einem Dritten erwirbt und infolge seines guten Glaubens Eigentümer wird. Auch praktisch ist das Ergebnis, zu dem Planck gelangt, wenig befriedigend: gegen eine von dem Eigentümer gegen B erworbene Stundungseinrede soll der Erwerber C gesichert sein, gegen eine von dem Eigentümer an B geleistete Zahlung — und jedenfalls auch gegen einen von B bewilligten Erlaß — nicht. Der Schutz des guten Glaubens ist demnach sehr ungenügend: er versagt gerade da, wo er am nötigsten wäre. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß der Eigentümer sich viel leichter als der Erwerber gegen Nachteil schützen kann, indem er sich, wie es der Ordnung entspricht, bei der Zahlung den Hypothekenbrief aushändigen läßt.

Aber in einer anderen Beziehung nehmen auch die Protokolle ein Weiterbestehen gewisser Einwendungen an. In der oben angeführten Stelle fügen sie hinzu:

> „aber (der unlegitimierte Erwerber ist) nicht gesichert gegen eine anderweit erfolgte gültige Abtretung".

Auch hier ist nicht mit Bestimmtheit zu ersehen, welcher Fall gemeint war; für unseren Fall scheint die aufgestellte Ansicht unzutreffend zu sein.

Nehmen wir an, daß B schon vorher an X abgetreten hat. Also:

A im Grundbuch eingetragen,
A an B beglaubigt,
B an X,
darauf an C unbeglaubigt.

Durch die Abtretung an X ist dieser Gläubiger geworden. Gelangt aber etwa B wieder in den Besitz des Hypothekenbriefes nebst den Abtretungserklärungen und entfernt dann die Abtretungserklärung an X, so ist die Fiktionsbasis des § 1155 wieder in seiner Person gegeben, denn er ist Besitzer des Hypothekenbriefes und ist durch die beglaubigte Abtretungserklärung des A an ihn

Digitized by Google

legitimiert; wenn er daher die Hypothek an C veräußert, so wird seine Berechtigung zu dessen gunsten fingiert, und das Recht des X erlischt.

Es kommt nicht einmal darauf an, ob die Abtretung an X beglaubigt oder unbeglaubigt erfolgt ist. Daraus ergibt sich, daß auch eine beglaubigte Abtretungserklärung die Eintragung ins Grundbuch keineswegs in allen Beziehungen ersetzt, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil eine beglaubigte Abtretungserklärung sich ohne Schwierigkeit beseitigen läßt, eine Eintragung nicht. Übrigens würde eine andere Entscheidung die Sicherheit des Hypothekenverkehrs empfindlich beeinträchtigen. Denn der Erwerber würde nie wissen können, ob der Veräußerer nicht etwa die Hypothek schon früher veräußert hätte und später wieder in den Besitz des Briefes und der Abtretungsurkunden gelangt wäre.[1])

Ob die Ansicht der Protokolle in anderen Fällen zutrifft, wird in der Folge zu erörtern sein.

Wird die Beglaubigung der Abtretung des B an C nachgeholt, so tritt nunmehr auch die Vermutung des § 891 zu gunsten von C in Kraft, die sich an die nunmehr für seine Person entstehende Fiktion des § 1155 knüpft. Weitere Abtretungen würden in diesem Falle nichts Besonderes bieten.

Setzen wir aber den Fall, daß C als unlegitimierter Besitzer beglaubigt an D abtritt. Die Reihe gestaltet sich dann folgendermaßen:

A im Grundbuch eingetragen,
A an B beglaubigt,
B an C unbeglaubigt,
C an D beglaubigt.

Offenbar schafft diese Abtretung zunächst keine neue Fiktion oder Vermutung, da § 1155 auf D nicht zutrifft, und die §§ 891 und 892 erst durch § 1155 in Kraft gesetzt werden würden. Es wird eben weder fingiert, daß C, noch daß D im Grundbuch eingetragen ist, obgleich D für seine Person durch beglaubigte Abtretungserklärung erworben hat.

D wird vielmehr einfacher Rechtsnachfolger des C und unterliegt denselben Einwendungen wie dieser. D kann sich nur in derselben Weise, wie es C konnte, darauf berufen, daß B im Grundbuch eingetragen war, und daß daher des B Berechtigung zu

[1]) Derselben Ansicht ist offenbar Hachenburg, Beiträge S. 108. Dagegen die Mehrzahl der Schriftsteller. S. z. B. Biermann, Sachenrecht des B.G.B.

Digitized by Google

fingieren ist. Den Übergang des Rechtes von B auf C und den Übergang von C auf sich selbst hat er — obgleich letzterer beglaubigt ist — mit gewöhnlichen Mitteln darzuthun. Die Beglaubigung wird nur die Bedeutung haben, daß der Beweis dadurch erleichtert wird.

Es ist auch nicht berechtigt, irgend einen Unterschied zwischen Einwendungen, die den Bestand des Rechtes in Frage stellen, und Einreden zu machen.

Die Fiktion reicht nur bis zu dem Ende der Zeit des B, und eine Vermutung besteht überhaupt nicht. Ist zur Zeit des C das Recht aufgehoben oder verändert worden, so greift der allgemeine Grundsatz Platz „nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet", der in diesem Falle nicht durch die Fiktion des § 892 beseitigt wird. Daher muß sich D einwenden lassen, daß C Zahlung empfangen habe, aber auch ebenso, daß C an Y vorher abgetreten habe, und es kommt nicht darauf an, ob die Abtretungserklärung beglaubigt oder unbeglaubigt erfolgt ist. Es ergibt sich also die auf den ersten Blick befremdende, aber durchaus prinzipgemäße Folgerung:

Wenn dieselbe Hypothek mehrmals an verschiedene Personen abgetreten wird, so ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob die Abtretungserklärung beglaubigt oder unbeglaubigt ist, wohl aber, ob der Abtretende bei der zweiten Abtretung legitimierter Besitzer oder nicht legitimierter Besitzer des Hypothekenbriefes ist. Ist er legitimierter Besitzer, so ist die zweite Abtretung rechtsbeständig, und der erste Erwerber verliert das bereits erworbene Gläubigerrecht, mag übrigens die Abtretungserklärung an ihn beglaubigt oder nicht beglaubigt sein. Ist dagegen der Abtretende nicht legitimierter Besitzer des Briefes, so bleibt die erste Abtretung in Kraft.

Sind zur Zeit des C, der durch eine nicht beglaubigte Abtretungserklärung erworben hatte, Einreden entstanden, so bestehen sie ebenfalls auch gegen D. Es findet lediglich § 1157 Satz 1 Anwendung, und die im Satz 2 hinzugefügte Ausnahmebestimmung greift nicht Platz, weil C nicht wie ein eingetragener Gläubiger angesehen wird.

Auch hier kann ich, im Gegensatz zu Planck, keinen Unterschied zwischen Einwendungen und eigentlichen Einreden machen.

Wird die Beglaubigung der Abtretung des B an C nachträglich d. h. nach der beglaubigten Abtretung des C an D nachgeholt, so tritt § 1155 in Kraft. Die Fiktionsbasis ist in der Person von D gegeben, denn der Besitzer D ist durch eine fortlaufende Reihe

Digitized by Google

von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimiert. Daß die Beglaubigungen in einer bestimmten Zeitfolge geschehen müssen, ist im § 1155 nicht vorgeschrieben. D wird also behandelt, wie wenn er im Grundbuch als Gläubiger eingetragen wäre.

Folgerecht steht ihm jetzt die Vermutung des § 891 zur Seite, daß er Gläubiger ist, und wenn D weiter, etwa an Z, abtreten würde, so würde zu gunsten des Z die Fiktion in Kraft treten, daß D wirklich Gläubiger ist. Der ursprüngliche Mangel der Beglaubigung würde dann nach keiner Richtung mehr Folgen haben.

Aber es fragt sich, ob schon, ehe D weiter veräußert, zu seinen gunsten die Fiktion des § 892, daß sein Vormann (C) berechtigt ist, in Kraft tritt. Wie man auch diese Frage entscheidet, ganz befriedigend sind die Ergebnisse nie.

Planck (a. a. O. S. 536) scheint auf dem Standpunkte zu stehen, daß durch die nachträgliche Beglaubigung alle Mängel geheilt werden, und daß nunmehr dieselben Folgen eintreten, wie wenn die Beglaubigung rechtzeitig erfolgt wäre, abgesehen davon, daß der gute Glaube des Erwerbers (D) nicht nach der Zeit des Erwerbers, sondern nach der Zeit der Nachholung der Beglaubigung beurteilt wird:

„Wird die Beglaubigung der einen Vormann legitimierenden Erklärung nachträglich bewirkt, so tritt der Schutz des guten Glaubens nunmehr nachträglich ein, vorausgesetzt, daß der Erwerber nicht in der Zwischenzeit Kenntnis von einem Mangel in dem Rechte des Vormanns oder dessen Nachfolgers erlangt hat."

Es würde also nunmehr die Berechtigung des C zu gunsten des D nachträglich fingiert werden.

Auf den entgegengesetzten Standpunkt stellt sich mit Entschiedenheit Hachenburg a. a. O. S. 107:

„... schon hier drängt sich die Frage auf, wie es denn gehalten werden soll, wenn der Erwerber, dessen Veräußerer lediglich eine mit Privatunterschrift versehene Zession besaß, und dem der Beklagte eine Einrede aus der Person eines Rechtsvorgängers entgegenhält, nachträglich diese Unterschrift beglaubigen läßt. Die Einrede bleibt trotzdem zulässig. Nicht weil auf den Tag der Beglaubigung zur Beurteilung der bona fides gesehen wird, denn für diese kann stets nur der Tag des Erwerbes gelten, sondern weil beim Erwerber der Besitzer des Briefes, der die Hypothek veräußerte, nicht durch die fortlaufende Kette legitimiert war, und weil nur der Erwerb

Digitized by Google

von einem solchen dem Erwerb von einem im Grundbuch eingetragenen gleichsteht."

Ich halte die Gründe von Hachenburg für durchschlagend. Die Fiktionsbasis für die Fiktion, daß C berechtigt sei, ist zu keiner Zeit vorhanden gewesen, früher nicht, weil C nicht legitimiert war, jetzt nicht, weil er nicht mehr Besitzer ist. Als unzulässig muß es bezeichnet werden, den Thatbestand aus ganz verschiedenen Zeiten zusammenzusetzen, um eine Fiktionsbasis zu gewinnen. Fingiert werden kann nur, daß D eingetragen sei, nicht, daß C eingetragen gewesen sei, und deshalb bleiben alle gegen C erworbenen Einwendungen und Einreden in Kraft. Willkürlich ist es übrigens, bona fides zur Zeit der Nachholung der Beglaubigung zu fordern, denn bona fides ist zur Zeit des Erwerbes erforderlich, und der Erwerb hat sich bereits durch die Abtretungserklärung des C an D vollzogen. Natürlich würde es praktisch zu außerordentlich bedenklichen Folgen führen, wenn man diese Zeit für entscheidend erklären wollte.

Eine einzige unbeglaubigte Abtretungserklärung in einer langen Reihe von übrigens beglaubigten Abtretungserklärungen entzieht also dem Erwerber den Schutz des guten Glaubens, und zwar so, daß der Nachteil auch durch spätere Nachholung der Beglaubigung nicht wieder gut gemacht werden kann. Der Erwerber muß, wenn er vorsichtig sein will, darauf dringen, daß erst die Beglaubigung nachgeholt wird, und dann die Abtretungserklärung an ihn vollzogen wird. Hachenburg selbst bemerkt dazu: „Man wird wohl nicht behaupten, daß dies ein besonders angenehmes Resultat ist."

Setzen wir endlich den Fall, daß auch C an D ohne beglaubigte Abtretungserklärung abtritt. Es entsteht dann die Reihe:

A im Grundbuch eingetragen:
A an B beglaubigt,
B an C unbeglaubigt,
C an D unbeglaubigt.

Zunächst greift natürlich der Schutz des guten Glaubens nicht Platz: Gegen D gehen alle Einwendungen, die gegen C oder gegen ihn selbst möglich sind.

Wird nun die Abtretungserklärung des C an D zuerst beglaubigt, so geht der Fall in den soeben besprochenen über. Es wird also durch diese Beglaubigung gar nichts geändert. Folgt dann später auch noch die Beglaubigung der Abtretung des B an

Digitized by Google

C, so tritt zwar die Vermutung des § 891 zu gunsten des D ein, nicht aber die Fiktion der Berechtigung des C nach § 892.

Wie aber, wenn die Abtretungserklärung des B an C nachträglich, d. h. nach der unbeglaubigten Abtretung des C an D beglaubigt wird? Es könnte in Frage kommen, ob nicht, da nun nachträglich die Reihe bis zu C hergestellt ist, die Berechtigung des C zu gunsten des Erwerbers D fingiert wird.

Nach dem oben Ausgeführten ist das zu verneinen. Die beiden Reihen:

A an B beglaubigt,
B an C beglaubigt,
C an D unbeglaubigt

und

A an B beglaubigt,
B an C zunächst unbeglaubigt, erst nachträglich beglaubigt,
C an D unbeglaubigt,

unterscheiden sich vielmehr sehr erheblich. Im ersten Falle galt C bei der Abtretung der Hypothek an D als eingetragen, und seine Berechtigung wurde daher zu gunsten des D fingiert. Im zweiten Falle galt C bei der Abtretung an D nicht als eingetragen, und diese Fiktion konnte auch später nicht in Kraft treten, weil er später nicht mehr Besitzer war.

Das Ergebnis ist also:

Wenn jemand von einem legitimierten Besitzer erwirbt, so wird die Berechtigung seines Vormanns fingiert, und die gegen seinen Vormann zuständigen Einreden erlöschen, soweit sie ihm nicht bekannt und auch nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Bei mehrfacher Abtretung wird der spätere Erwerber berechtigt, weil sein Erwerb das dem früheren Erwerber entstandene Recht vernichtet. Ob der Erwerb durch beglaubigte oder durch unbeglaubigte Abtretungserklärung geschieht, macht in dieser Beziehung keinen Unterschied. Dagegen verschafft die beglaubigte Abtretungserklärung dem Erwerber außerdem die Vermutung seiner eigenen Berechtigung.

Ist der Veräußerer nicht legitimiert, fehlt also in Reihe auch nur bei einer einzigen Abtretungserklärung die öffentliche Beglaubigung, so bleibt lediglich die bereits begründete Fiktion in Kraft, daß der letzte der Vormänner, der zur Zeit seiner Veräußerung voll legitimiert war, berechtigt gewesen sei. Von da an ist der Beweis des Übergangs der Forderung nach der gewöhnlichen Regel zu führen, und alle gegen die späteren Erwerber begründeten Einwendungen

Digitized by Google

bleiben in Kraft. Bei mehrfacher Abtretung bleibt das Recht des ersten Erwerbers bei Bestand. Ob der letzte Erwerber beglaubigt oder unbeglaubigt erwirbt, macht überhaupt keinen Unterschied. Denn natürlich tritt die Vermutung aus § 891 niemals in Kraft.

Wird die vollständige Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen bis zu dem Besitzer nachträglich hergestellt, so gilt für diesen jetzt die Vermutung aus § 891, dagegen sind alle Einwendungen und alle Einreden gegen ihn in demselben Umfange wie vorher zulässig. Veräußert er weiter, so wird zu gunsten des nunmehrigen Erwerbers seine Berechtigung fingiert.

Digitized by Google

XIX.

Das Verhältnis der Haftung aus unerlaubten Handlungen zur Haftung für vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit einer Leistung.

Von

Dr. jur. **Max Golde.**

1. Das Schuldverhältnis berechtigt den Gläubiger, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern (§ 241 B.G.B.). Soweit diese Leistung nicht schon von vornherein im Ersatze eines Schadens besteht, kann an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung die Schadensersatzverpflichtung treten. Nach den §§ 280, 325 B.G.B. ist dies dann der Fall, wenn die ursprünglich geschuldete Leistung nach der Entstehung des Schuldverhältnisses („nachträglich") unmöglich wird und diese Unmöglichkeit — oder das ihr gleichgestellte Unvermögen des Schuldners zur Leistung (§ 275 Abs. 2 B.G.B.) — infolge eines Umstandes eintritt, den der zur Leistung Verpflichtete zu vertreten hat. Welche Umstände der Schuldner zu vertreten hat, bestimmen im allgemeinen die §§ 276, 278 B.G.B.; hiernach hat er Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner eigenen Person und ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, zu vertreten, und zwar das Verschulden dieser dritten Personen in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden, also in der Regel Vorsatz und Fahrlässigkeit, denn Verschulden ist der den Vorsatz und die Fahrlässigkeit zusammenfassende Begriff. Unter Verschulden ist hier aber nicht der psychische Zustand des Schuldners bezw. der genannten dritten Personen, das Wissen bezw. Wissenmüssen, sondern ein schuldhaftes vorsätzliches oder fahrlässiges, äußeres Verhalten (Thätigkeit

Digitized by Google

oder Unterlassung) dieser Personen zu verstehen; denn wenn nach den §§ 280, 325 B.G.B. die Unmöglichkeit der Leistung eine Folge des Verschuldens sein soll, so kann dieses als Ursache der Unmöglichkeit nur ein äußeres Verhalten jemandes sein. Ist nun die Leistung unmöglich geworden, so entsteht aus der Nichterfüllung der Verbindlichkeit dem Gläubiger Schaden, und denselben hat ihm der Schuldner zu ersetzen (§§ 280, 325 B.G.B. „Schadensersatz wegen Nichterfüllung").

2. Dieser Thatbestand, daß der Schuldner die Unmöglichkeit der von ihm geschuldeten Leistung vorsätzlich oder fahrlässig herbeiführt und dadurch dem Gläubiger Schaden zufügt, kann zugleich den Thatbestand einer unerlaubten Handlung (§§ 823 ff. B.G.B.) bilden, nämlich dann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit und damit den Schaden durch die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung eines (absoluten) Rechts eines anderen, der hier zugleich Gläubiger aus dem schon bestehenden Schuldverhältnisse ist, verursacht. Ob und inwieweit alle Thatbestände der §§ 823—826 hier in Betracht kommen können, mag dahingestellt bleiben; die Entscheidung dieser Frage ist für unsere Aufgabe nicht wesentlich. Am häufigsten werden die Fälle sein, wo die Rückgabe einer gemieteten, gepachteten, geliehenen, verwahrten, als Pfand erhaltenen Sache vom Rückgabepflichtigen durch deren schuldhafte Zerstörung oder Beschädigung ganz oder teilweise vereitelt wird.

Wie verhält sich nun in solchen Fällen die Haftung aus unerlaubter Handlung zu der aus der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung? Konkurrieren beide Haftungen oder läßt das Gesetz hier nur eine von beiden zu, schließt es insbesondere die Haftung aus unerlaubter Handlung aus? Diese Frage zu beantworten, soll im folgenden versucht werden.

I.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine ausdrückliche Entscheidung unserer Frage. Gehen wir zunächst von einer Prüfung der in der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch vertretenen Ansichten aus, so finden wir bei Endemann (Einführung ins Studium des B.G.B. I S. 907, 7. Auflage) bei der Lehre von den unerlaubten Handlungen folgendes Ergebnis: „In Betracht kommen[1]) nur die außerkontraktlichen Handlungen; was ... bei der Erfüllung

[1]) Nämlich in den §§ 823 ff. B.G.B.

Digitized by Google

der vertragsmäßigen Schuldverpflichtungen rechtswidrig begangen oder unterlassen wird, verpflichtet zum Schadensersatz nach den besonderen Normen des einzelnen Schuldverhältnisses." Endemann verwirft also eine Konkurrenz beider Haftungen. Will er sich konsequent bleiben, so muß er dieselbe Ansicht auch für die nicht durch Vertrag entstandenen Schuldverhältnisse beibehalten.

Während Endemann sich die meisten Schriftsteller anschließen (z. B. Planck, B.G.B. §§ 823 ff., Fischer und Henle, B.G.B. § 823), vertritt v. Liszt (Deliktsobligationen S. 12 f.) die entgegengesetzte Ansicht: „Jede Verletzung einer Vertragspflicht, die zugleich (also abgesehen von der Vertragsverletzung selbst) den Thatbestand eines Delikts im Sinne der §§ 823 ff. darstellt, erzeugt neben dem Vertragsanspruch auch den Deliktsanspruch. Die beiden Ansprüche konkurrieren mit einander nach den bekannten Grundsätzen." Was v. Liszt hier für Vertragsverletzungen gelten läßt, stellt er auch für die nicht aus Vertrag, sondern aus anderen Gründen — abgesehen von unerlaubten Handlungen — entstandenen Schuldverhältnisse als Regel auf.

Was die Ansicht Endemanns anlangt, so hat sie zunächst den Nachteil, daß sie gar nicht begründet wird. Erfüllt im Privatrecht ein konkreter Thatbestand die Erfordernisse zweier oder mehrerer verschiedener Ansprüche, so gilt als Prinzip die Klagenkonkurrenz; dies ist allgemein anerkannt. Man vergleiche als Beispiele die §§ 861, 985, 1007; 862, 1004; § 985 einerseits, §§ 556 (581), 604, 667, 681 (Satz 2), 695, 812, 1223 u. a. anderseits. Daß insbesondere die Besitzklage und die Klage aus dem Rechte selbst mit einander konkurrieren und, im Gegensatze zum früheren Recht, jetzt auch mit einander verbunden werden können, folgt daraus, daß der Abs. 2 des § 232 der früheren C.P.O., der die Verbindung beider Klagen ausschloß, durch das Gesetz, betreffend Änderungen der C.P.O. vom 17. Mai 1898 gestrichen worden ist. Schon das römische Recht ließ dem Kläger unter mehreren aus demselben konkreten Thatbestande entspringenden Klagen die Wahl (vergl. z. B. l. 11 § 2 D. de servo corr. 11, 3; l. 7 § 1 D. de condict. furt. 13, 1; l. 32 D. de o. et a. 44, 7; l. 34 pr., §§ 1, 2, l. 41 § 1 eod.; l. 6 pr. ad leg. Jul. de adult. 48, 5) und hielt dieses Prinzip auch für die in unserer Darstellung in Betracht kommenden Fälle fest (vergl. l. 7 § 8 D. ad leg. Aquil. 9, 2; l. 18, l. 42 eod.; l. 7 § 1 D. commod. 13, 6; l. 18 § 1 eod.; ll. 47—50 D. pro socio 17, 2; l. 30 § 2 D. locati 19, 2; l. 34 pr., §§ 1, 2 de o.

Digitized by Google

et a. 44, 7). Wenn nun die Ansicht richtig sein soll, daß in den dieser Darstellung zu Grunde gelegten Fällen ausnahmsweise keine Klagenkonkurrenz stattfinde, so müßte diese Ausnahme aus dem Gesetze hervorgehen oder wenigstens aus sonstigen triftigen Gründen anzunehmen sein. Es ist aber weder das eine noch das andere der Fall.

Zwar bezieht sich Endemann in Anmerkung 4 auf S. 909 a. a. O. auf § 682 B.G.B.: „Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich." Hieraus läßt sich schließen, daß der vollkommen geschäftsfähige Geschäftsführer nach den §§ 677 ff. und nach den §§ 823 ff. B.G.B. haftet (auf die Verantwortlichkeit aus ungerechtfertigter Bereicherung kommt es hier nicht an), daß also beide Haftungen konkurrieren. Und nun könnte Endemann weiter folgern: Die Konkurrenz beider Haftungen ist nur — d. h. als Ausnahme von den übrigen Schuldverhältnissen — für die negotiorum gestio zugelassen, es folgt also per argumentum e contrario aus der Ausnahme die Bestätigung der Regel, daß die Haftung aus unerlaubter Handlung beim Vorliegen eines anderen außerdeliktischen, zugleich mitverletzten Schuldverhältnisses ausgeschlossen ist. Diese Folgerung ist jedoch keine zwingende. Man kann ebensogut die Vorschrift des § 682, daß der geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige negotiorum gestor nur nach den §§ 823 ff. (und §§ 812 ff.) haftet, als Ausnahme von der für alle außerdeliktischen Schuldverhältnisse (nicht blos für die negotiorum gestio) aufzustellenden Regel auffassen, daß der Schuldner sowohl aus dem betreffenden Schuldverhältnisse wie auch aus unerlaubter Handlung zu haften hat. Den § 682 kann also ebensogut v. Liszt zur Bestätigung seiner Ansicht anführen, und er thut dies auch (Deliktsobligationen S. 18 f.), wenn er auch erst auf Umwegen zu dem Resultate der zuletzt angeführten Auslegung kommt.

Aber Endemann kann sich nicht nur auf keine Gesetzesvorschrift berufen, sondern er geht auch von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er sagt: „In Betracht kommen nur die außerkontraktlichen Handlungen." Er will mit diesem Satz offenbar denselben Gedanken ausdrücken, den die Motive (III, 392) in die Worte kleiden: „Dabei geht der Entwurf davon aus, daß nur absolute Rechte durch Delikt verletzbar sind und daß die Nichterfüllung

Digitized by Google

seitens des Schuldners gegenüber dem Gläubiger kein Delikt ist." Der erste Teil dieser Äußerung der Motive stimmt ganz mit der herrschenden Meinung überein, nach der unter dem „sonstigen Rechte" des § 823 B.G.B. nur absolute Privatrechte und unter Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Kredit, Geschlechtsehre absolute Rechte in weiterem Sinne zu verstehen sind. Was den zweiten Teil der angeführten Äußerung betrifft, so kommt es uns auch gar nicht darauf an, ob die Nichterfüllung ein Delikt sein kann oder nicht, sondern darauf, daß die Verursachung der Unmöglichkeit, auf welcher eventuell die Nichterfüllung beruht, zugleich in einer unerlaubten Handlung bestehen kann, wenn sie es auch nicht muß, und daß dann neben dem obligatorischen Rechte des Gläubigers zugleich auch ein absolutes Recht desselben verletzt ist. Ein solches Zusammentreffen ist auch gar nicht so selten, man denke nur an die Fälle, daß die zurückzugebende gemietete, geliehene u. s. w. Sache vom Schuldner (Mieter, Leiher u. s. w.) zerstört oder beschädigt worden ist; hier ist die Verursachung der Unmöglichkeit der Rückgabe zugleich eine Eigentumsverletzung also eine unerlaubte Handlung. Wenn ich hier als Gläubiger von der Verletzung des Forderungsrechts gänzlich absehe, so steht doch nichts im Wege, daß ich meine Schadensersatzklage auch auf die Verletzung des absoluten Rechtes (des Eigentums) mit Erfolg stützen kann. Daß bei den §§ 823 ff. nur außerkontraktliche Handlungen in Betracht kämen, davon ist im Gesetze nichts zu finden. Richtig ist nur, § 823 B.G.B. betrifft unerlaubte Handlungen lediglich *ohne Rücksicht auf ein* etwa zwischen den Parteien vorliegendes und zugleich mitverletztes (außerdeliktisches) *Schuldverhältnis*; dagegen geht aus § 823 durchaus nicht hervor, daß Handlungen unter ihn nicht fallen, welche neben dem absoluten Rechte zugleich ein obligatorisches verletzen.

Wenn Endemann ferner sagt: „Was ... bei der Erfüllung der vertragsmäßigen Schuldverpflichtungen rechtswidrig begangen oder unterlassen wird, verpflichtet nach den *besonderen* Normen des einzelnen Schuldverhältnisses," so will er damit wahrscheinlich andeuten, daß in den Fällen, wo ein konkreter Thatbestand zugleich eine unerlaubte Handlung *und* eine zu vertretende Leistungsunmöglichkeit bildet, die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung als Ausnahmerecht aufzufassen und daher sie allein anzuwenden seien. Doch kann man mit demselben Rechte die Vorschriften über unerlaubte Handlungen als die besonderen hier anzuwendenden Normen, als das Ausnahmerecht bezeichnen, zumal, wie

Digitized by Google

wir später sehen werden, sie bisweilen eine strengere Haftung geben als die Grundsätze der Leistungsunmöglichkeit und eine strengere Haftung auch ganz gerechtfertigt ist, wenn der konkrete Fall nicht bloß eine Verletzung eines Schuldverhältnisses, sondern auch noch zugleich ein Delikt enthält. Nur dann wäre Endemanns Ansicht richtig, wenn in der Verursachung der Leistungsunmöglichkeit stets zugleich eine unerlaubte Handlung läge. Denn dann wären allerdings die Vorschriften über die Leistungsunmöglichkeit als Ausnahmen gegenüber den §§ 823 ff. B.G.B. anzusehen, und nur sie hätten in unseren Fällen Anwendung zu finden,[1]) während die Vorschriften über unerlaubte Handlungen nur dann in Betracht kommen könnten, wenn durch die unerlaubte Handlung nicht zugleich ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien verletzt ist. Nun braucht jedoch nicht immer die Unmöglichkeit einer Leistung auf einer gleichzeitigen Begehung einer unerlaubten Handlung zu beruhen.[2]) Man kann daher die Vorschriften über die zu vertretende Unmöglichkeit auch nicht als Ausnahmerecht gegenüber den §§ 823 ff. B.G.B. auffassen.

Wir haben also gesehen, daß Endemann keine Gründe für seine Ansicht anführen kann. Seine Meinung führt aber ferner auch in prozessualer Hinsicht zu einer unhaltbaren Konsequenz. Angenommen, der Kläger behauptet und beweist, daß der Beklagte ihm die erste Etage seines Hauses vorsätzlich beschädigt hat, so muß er mit seiner Schadensersatzklage auf Grund des § 823 B.G.B. durchdringen, auch wenn, was aber in der Verhandlung gar keine Erwähnung gefunden hat, der Beklagte die Wohnung vom Kläger gemietet hatte. Denn nach der für den heutigen Zivilprozeß maßgebenden Verhandlungsmaxime gilt der Satz: judex judicare debet secundum allegata et probata partium. Angenommen, der Richter weiß zufällig, daß der Beklagte der Mieter der von ihm beschädigten Wohnung war, so müßte er, falls er Anhänger von Endemanns Ansicht wäre, zu dem Resultate kommen: Die Klage

[1]) Vorausgesetzt, daß die Parteien nicht das Bestehen eines außerdeliktischen Schuldverhältnisses dem Richter verschweigen und ihn dadurch zur Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen zwingen (judex judicare debet secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam suam).

[2]) Wie z. B. der Fall der Herbeiführung des eigenen Unvermögens durch den Schuldner zeigt; dieselbe könnte zwar eventuell den Thatbestand des § 142 St.G.B. erfüllen und danach strafbar sein, wäre aber damit noch keine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. B.G.B.

Digitized by Google

ist nicht genügend substantiiert. Nun hat er einerseits von Amts wegen zu prüfen, ob die Klage begründet ist, anderseits bindet ihn aber wieder der Satz: judex judicare debet secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam suam. Soll er hier wegen seiner zufälligen Kenntnis von dem Mietverhältnisse die Klage als ungenügend begründet abweisen, oder soll er das Vorliegen des Mietverhältnisses, weil es von keiner Partei angeführt ist, unberücksichtigt lassen und den Beklagten auf Grund des § 823 B.G.B. verurteilen, oder soll er etwa auf Grund seines richterlichen Fragerechts die Parteien fragen, ob ein Schuldverhältnis zwischen ihnen besteht? Das letztere würde zur strafrechtlichen Inquisitionsmaxime führen; m. E. kann der Richter nur den zweiten Weg einschlagen. Wie aber steht es, wenn der Richter zwar keine Ahnung von dem Mietverhältnisse hat, der Beklagte aber gegen die auf § 823 B.G.B. gestützte Klage einwendet: „Ich war Mieter der beschädigten Wohnung. Nach Endemann kann der Kläger nur aus dem Mietverhältnisse bezw. aus § 280 B.G.B. klagen. Er hat das aber nicht gethan, seine Klage ist also nicht genügend begründet, und ich beantrage daher Klagabweisung"? Nach Endemanns Ansicht müßte man wohl schließen, daß der Beklagte hier mit seinem Antrage durchdringt, wenn das Vorliegen des Mietverhältnisses erwiesen wird. Hier würde also, während sonst der Richter von Amts wegen die Klage auf ihre Schlüssigkeit hin zu prüfen und bei negativem Resultat auch ohne Antrag abzuweisen hätte, die ganz singuläre Ausnahme vorliegen, daß der Richter lediglich auf Anregung des Beklagten hin die Schlüssigkeit der Klage zu prüfen und die Klagabweisung auszusprechen hätte, eine Ausnahme, die nirgends im Gesetze vorgesehen ist. Diese Konsequenz wäre so sonderbar und steht so sehr mit den Grundsätzen des Zivilprozeßrechts in Widerspruch, daß sich die Endemannsche Ansicht unmöglich anerkennen läßt.

Schließlich können wir Endemann auch nicht den Vorwurf der Inkonsequenz ersparen, indem er in unseren Fällen eine Klagenkonkurrenz verwirft, aber (a. a. O. S. 501 f. der 7. Auflage) eine Abgrenzung der §§ 278, 831 B.G.B. gegen einander versucht. Da § 278 ein schon bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt, während § 831 zu den Vorschriften des Titels „Unerlaubte Handlungen" gehört, so durfte der letztere Paragraph nicht (wie es a. a. O. S. 501 unten geschieht) als Ausnahme vom ersteren aufgefaßt und beide

Digitized by Google

Bestimmungen mit einander verglichen werden. Denn nach der auf S. 907 a. a. O. vertretenen Meinung kann Endemann beim Vorliegen eines Schuldverhältnisses zwischen den Parteien auf den aus dem Verhalten gewisser dritter Personen entstandenen Schaden nur § 278, nicht eventuell auch § 831 zur Anwendung bringen, während § 831 nur für unerlaubte Handlungen und zwar für diese nur dann gelten dürfte, wenn zwischen den Parteien nicht zugleich ein Schuldverhältnis schon vorliegt und mit verletzt ist. Er durfte also die beiden Bestimmungen in gar keine Beziehung zu einander bringen; sie ergänzen einander durchaus nicht, es bildet auch nicht der § 831 die Ausnahme von § 278; denn sie haben weiter nichts mit einander gemein, als daß sie beide Schadensersatzverpflichtungen jemandes für das Verhalten gewisser Dritter aufstellen, aber eine Konkurrenz zwischen beiden wäre nach Endemanns Ansicht ausgeschlossen.

Es könnte an sich gewagt erscheinen, die Ansicht einer Autorität wie Endemann bekämpfen zu wollen. Indes die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, wie unbegründet, wie wenig durchdacht und wie unhaltbar in prozessualer Hinsicht seine Ansicht ist. Wir müssen daher der von v. Liszt (Deliktsobligationen S. 12 f.) aufgestellten Lösung den Vorzug geben, daß die Haftungen aus den §§ 280, 325 einerseits und aus § 823 B.G.B. anderseits mit einander konkurrieren, d. h. daß der Kläger wahlweise seine Klage nach § 280 bezw. § 325 oder nach § 823 substantiieren kann. Diese Ansicht stellt sich auch als vorteilhafter dar gegenüber der Endemannschen. Denn die Klagenkonkurrenz ist nicht eine Verschwendung des Gesetzgebers, sondern eine Erleichterung für den Kläger, indem dieser sich diejenige Klage aussuchen kann, die ihm die leichteste Beweisführung gestattet; eventuell kann auch die Verbindung der konkurrierenden Klagen günstig für ihn sein. Welche Vorteile außerdem gerade in unseren Fällen die Klagenkonkurrenz bringt, werden wir später sehen.

II.

Man könnte mir einwenden: Wozu der ganze Streit? Die Klage aus § 823 B.G.B. führt ja zu demselben Resultate wie die aus § 280 bezw. § 325 B.G.B., nämlich zum Schadensersatz. Da ist es ja ganz gleichgültig, ob wir die Klagenkonkurrenz oder das Gegenteil annehmen; entscheiden wir uns also für das dem Geschädigten Günstigere, für die Klagenkonkurrenz. Dem ist jedoch

Digitized by Google

folgendes zu entgegnen. Zunächst wissen wir noch gar nicht, ob unter dem Schadensersatze der §§ 823 ff. dasselbe zu verstehen ist wie unter demjenigen der §§ 280, 325. Die letzteren sprechen von dem „durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden", bezw. von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung", was dasselbe ist, während die §§ 823 ff. vom Ersatze des aus der betreffenden unerlaubten Handlung entstehenden Schadens reden und dessen Umfang in den §§ 842 ff. noch besonders festsetzen.

Abgesehen hiervon und ferner von der Verschiedenheit der Beweislast (s. unten) wäre es in dem Falle, wo die gemietete, geliehene u. s. w. Sache vom Mieter, Leiher u. s. w. zerstört oder beschädigt (und dadurch ihre Rückgabe ganz oder teilweise unmöglich gemacht) wird, allerdings gleichgültig, ob man die Klage aus § 823 oder aus § 280 zulassen will. Wie steht es indes in den Fällen, wo der Schuldner nicht, wie in der Regel, Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat, sondern seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist (§§ 300, 521, 599, 680, 968 B.G.B.)? Kann da der Schuldner, falls er sich nur eines leichten Versehens schuldig gemacht hat und daher aus § 280 bezw. § 325 in Verbindung mit § 276 und dessen angeführten Ausnahmen nicht haftet, wegen unerlaubter Handlung — vorausgesetzt immer, daß die Erfordernisse auch einer solchen vorliegen — in Anspruch genommen werden, da § 823 den Thäter für jede Fahrlässigkeit verantwortlich macht? Oder ist in einem solchen Falle die Geltendmachung der Deliktshaftung ausgeschlossen? Die entsprechende Frage müssen wir stellen, wenn der Schuldner nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, einzustehen hat, oder wenn seine Haftung gemäß § 276 Abs. 2 und § 278 Satz 2 durch Vereinbarung unter den Parteien herabgemindert war. Zur Erläuterung mögen folgende Beispiele dienen. Der Leiher will die entliehene Sache dem Verleiher zurückgeben, dieser nimmt sie aber nicht an, kommt also in Annahmeverzug. Während desselben wird die Sache vom Leiher fahrlässigerweise zerstört, so daß nunmehr ihre Rückgabe unmöglich ist. Da der Schuldner beim Gläubigerverzuge nach § 300 B.G.B. nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, so haftet der Leiher in unserem Falle aus § 280 nur, wenn er grobfahrlässigerweise den Untergang der Sache herbeigeführt hat; kann er aber auch für leichte Fahrlässigkeit unter Berufung auf § 823 B.G.B. in Anspruch genommen werden? — A findet eine Uhr.

Digitized by Google

Da der Finder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt, so ist A nach § 681 in Verbindung mit § 667 B.G.B. verpflichtet, die Uhr dem Verlierer zurückzugeben. Er macht aber die Erfüllung dieser Pflicht (teilweise) unmöglich und erfüllt deswegen diese Pflicht nur mangelhaft, d. h. teilweise, da er die Uhr auseinandernimmt und fahrlässigerweise das Werk beschädigt. Aus § 280 würde er für den Schaden nur dann aufzukommen haben, wenn seine Fahrlässigkeit eine grobe war (§ 968 B.G.B.); es fragt sich jedoch wieder, ob er auch für leichtes Versehen aus § 823 verantwortlich gemacht werden kann. — Ebenso steht die Haftung aus § 823 in Frage, wenn der unbezahlte Verwahrer die bei ihm deponierte Sache nicht zurückgeben kann, weil sie zwar durch leichte Fahrlässigkeit seinerseits untergegangen oder beschädigt ist, er aber doch nachweist, daß er seine Verpflichtung zur diligentia quam suis rebus nicht verletzt hat (§ 690 B.G.B.).

Dieselbe Schwierigkeit ergibt sich bezüglich der Verjährung. Hat der Mieter die gemietete (der Leiher die geliehene) Sache beschädigt und gibt er sie in solchem Zustande an den Vermieter (Verleiher) zurück, so verjährt der Schadensersatzanspruch nach § 558 (§ 606) B.G.B. in sechs Monaten seit der Rückgabe der Sache während, wenn der Vermieter (Verleiher) Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung verlangt, der Anspruch erst in drei Jahren seit dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der Beschädigung und von der Person des Schadensstifters verjähren würde. Kann nun der Vermieter (Verleiher), wenn er schon sechs Monate seit Rückgabe der Sache und damit seit Kenntniserlangung vom Schaden und vom Thäter hat verstreichen lassen, doch noch aus § 823 B.G.B. klagen?

Auch in anderen Beziehungen ist die Entscheidung der Frage wichtig, ob, wenn ein konkreter Thatbestand unter § 280 bezw. § 325 und zugleich unter § 823 fällt, Klagenkonkurrenz anzunehmen ist oder nicht. Kann der Geschädigte nämlich auch aus unerlaubter Handlung klagen, so kann er z. B. Anstifter und Gehilfen als Solidarschuldner mit dem eigentlichen Thäter (§ 830 B.G.B.) haftbar machen, während die Klage wegen Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung dies ausschließt. Im Falle der Konkurrenz beider Haftungen ist also der Geschädigte auch in dieser Hinsicht günstiger gestellt.

Sehen wir zunächst wieder zu, wie sich die Literatur über das Bürgerliche Gesetzbuch zu der Frage stellt, so findet sich Ende-

Digitized by Google

mann mit ihr sehr einfach ab, da er, wie wir schon wissen, jede Konkurrenz ausschließt. Er läßt den Schadenstifter nur nach den §§ 280, 325 und den Normen des betreffenden Schuldverhältnisses haften und schließt damit die Anwendung der §§ 823 ff. auf Handlungen innerhalb eines Schuldverhältnisses aus, auch wenn das letztere die Haftung bezüglich des Verschuldens einschränkt und die betreffende Handlung außerhalb dieser einschränkenden Grenze liegt. Offenbar hält er es für unbillig und für unlogisch, wenn derjenige, dessen Haftung aus einem Kontrakt (oder einem anderen Schuldverhältnisse) in Bezug auf die Verschuldung oder auf die Verjährung eine mildere ist, nach § 823 doch wieder für omnis culpa und nach § 852 drei Jahre lang haften soll, denn die gesetzliche oder vereinbarte Einschränkung seiner Haftung würde durch die Anwendung der §§ 823 ff. ja illusorisch gemacht.

v. Liszt, der, wie wir oben sahen, für die Konkurrenz der Haftung wegen nachträglicher Unmöglichkeit und derjenigen wegen unerlaubter Handlung eintritt, will von diesem Grundsatze eine doppelte Ausnahme machen: „Soweit durch besondere gesetzliche Bestimmungen die Haftung aus Vertrag auf schwerere Schuldarten eingeschränkt wird, ergreift diese Einschränkung auch den Deliktsanspruch... Ferner muß auch die Rechtsregel des § 276 II auf den Deliktsanspruch angewendet werden. Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Haftung wegen Fahrlässigkeit durch Vertrag erlassen hat, kann jener nicht aus § 823 I wegen fahrlässiger Verletzung seines Rechts klagen. Der Deliktsklage würde die Einrede aus dem Vertrage entgegenstehen. Von diesen beiden Ausnahmen abgesehen, kommt aber § 823 I uneingeschränkt zur Anwendung, auch wenn es sich um eine Verletzung vertragsmäßig übernommener Verpflichtungen handelt." (Deliktsobligationen S. 13 f.). Was v. Liszt zunächst nur von Vertragsverhältnissen behauptet, dehnt er dann auf sonstige, nicht aus Vertrag entstehende Schuldverhältnisse aus (S. 14 ff. a. a. O.). Zur Begründung der Ausnahmen führt er folgendes an: „Wollte man hier die uneingeschränkte Haftung aus Delikt nach § 823 I zulassen, so würden jene gesetzlichen[1]) Bestimmungen über eingeschränkte Haftung aus Vertrag[2]) einfach unanwendbar gemacht. Es muß in diesem Falle mithin auch der Deliktsanspruch auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt werden.

[1]) Bezw. vereinbarten.
[2]) Bezw. aus einem sonstigen Schuldverhältnisse.

Digitized by Google

Dasselbe gilt in jenen Fällen, in denen der Verpflichtete nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277). Man kann sagen, daß in allen diesen Fällen die lex specialis der allgemeinen Vorschrift in § 823 I vorgeht." (S. 13 f. a. a. O.)

Leider kann sich v. Liszt auf keine gesetzliche Vorschrift berufen. Zwar führt er den Rechtssatz an, die lex specialis gehe der allgemeinen Norm in § 823 1 vor, aber will man das Verhältnis beider Haftungen zu einander als das von jus speciale zu jus generale ansehen, so würde man zu Endemanns Ansicht kommen, denn die lex specialis schließt die lex generalis aus. Indes liegt hier gar nicht ein solches Verhältnis zwischen den beiden Haftungen vor. Denn wenn sich die species vom genus dadurch unterscheidet, daß zum Begriffe des genus noch ein besonderes Merkmal (die differentia specifica) hinzukommt, und demnach der Unterschied zwischen lex specialis und lex generalis darin besteht, daß zum Thatbestand der letzteren noch ein neues Thatbestandsmerkmal hinzugefügt ist, so daß sich die Fälle des Ausnahmerechtssatzes zu denen des Regelrechtssatzes verhalten wie ein Kreis innerhalb eines anderen größeren Kreises zu diesem größeren, so liegt dieses Verhältnis keineswegs zwischen den Rechtssätzen über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung infolge zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 280, 325 B.G.B.) und den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen vor, denn diese beiden Rechtsgebiete verhalten sich zu einander wie zwei Kreise, die einander nur teilweise decken, d. h. nur in manchen Fällen, nicht stets ist die Herbeiführung der Unmöglichkeit der Leistung und die dadurch bedingte Unterlassung der Erfüllung zugleich eine unerlaubte Handlung. Freilich könnte v. Liszt sagen, gerade in den Fällen, die die Voraussetzungen für beide Haftungen erfüllen, die also dem Gebiete entsprechen, wo die beiden Kreise einander decken, verhalten sich die §§ 280, 325 zu § 823 wie die Ausnahme zur Regel, denn das Besondere, das die Ausnahme bildet, liegt darin, daß in den betreffenden Fällen, die sonst nur unerlaubte Handlungen sein würden, ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien besteht. Aber auch das wäre nicht richtig, denn ich könnte dann ebensogut behaupten, auf dem Gebiete, das beiden Haftungen gemeinsam ist, sind die §§ 823 ff. das Ausnahmerecht gegenüber den §§ 280, 325, denn das Besondere, das die Ausnahme bildet, ist der Umstand, daß die betreffenden sonst unter die Vorschriften über zu vertretende

Digitized by Google

nachträgliche Unmöglichkeit gehörenden Fälle hier zugleich unerlaubte Handlungen darstellen, und es dürften dann nur die §§ 823 ff. Anwendungen finden.

Man könnte aber die Ansicht von Liszts auf den § 276 B.G.B. stützen wollen, wo es in Abs. 1 Satz 1 heißt: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten," und könnte behaupten, diese Bestimmung gelte, da sie ja im allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse stehe, auch für die Vorschriften über unerlaubte Handlungen; die Worte „sofern nicht ein anderes bestimmt ist" deuten auf die Ausnahmen in den §§ 300, 521, 599, 680, 968; 690, 708, 1359, 1664, 1686, 2131 B.G.B. und § 347 H.G.B. und auf die durch Abs. 2 des § 276 B.G.B. statuierte Möglichkeit, durch Vereinbarung die Haftung zu beschränken, hin, und diese durch das Gesetz oder durch Vereinbarung geschaffenen Ausnahmen hätten mit § 276 Abs. 1 Satz 1 auch für die §§ 823 ff. zu gelten. Wenn diese Behauptung zuträfe, müßten wir allerdings v. Liszt Recht geben. Aber wir müssen sie zurückweisen, und zwar aus folgenden Gründen. Wenn § 276 auch für die §§ 823 ff. Geltung hätte, so wäre die nochmalige Erwähnung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit in § 823 Abs. 1 überflüssig. Ferner weist der Ausdruck „der Schuldner" in Abs. 1 und 2 des § 276 darauf hin, daß dieser § sich auf Fälle bezieht, in denen schon ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien zur Zeit des zum Schadensersatz verpflichtenden Verhaltens des Schuldners vorliegt, nicht auf solche, wo durch solches Verhalten erst eine Obligation entsteht. Aber abgesehen von diesen Umständen, gegen die man sich vielleicht auf eine schlechte Gesetzestechnik berufen könnte, ist der Hauptgrund folgender. Der § 276 mit seinen genannten Ausnahmen und ebenso § 278 sind accessorische Rechtssätze, sie bilden nur die Ergänzung zu anderen Vorschriften, denn sie stellen keine Berechtigung oder Verpflichtung auf. Wenn es auch heißt „hat . . . zu vertreten", so ist das doch keine Verbindlichkeit, denn die §§ 276, 278 sprechen gar nicht aus, worin diese vermeintliche Pflicht bestehen sollte, bezw. welches die Rechtsfolgen ihrer Verletzung wären; „zu vertreten haben" bedeutet nicht etwa schadensersatzpflichtig sein, denn wenn das Gesetz dies meint, so spricht es von der Verpflichtung „zum Ersatze des durch . . . entstehenden Schadens" oder ähnlich (vgl. die §§ 122, 179, 280, 283 286, 325 f., 347, 463, 701, 823 ff. u. a.); der Ausdruck „vertreten" wäre mindestens recht mißverständlich. Die §§ 276, 278 sind also

Digitized by Google

keine selbständigen Rechtssätze, sie enthalten vielmehr eine Erklärung darüber, was unter dem in den §§ 275, 280, 282 f., 285, 287, 323—325 B.G.B. vorkommenden vom Schuldner bezw. Gläubiger „zu vertretenden oder nicht zu vertretenden Umstande" zu verstehen ist, indem sie die Umstände aufzählen, die der Schuldner [1]) zu vertreten hat, nämlich Vorsatz und Fahrlässigkeit des Schuldners und gewisser dritter Personen. Die §§ 275, 280, 282 f., 285, 287, 323—325 behandeln die Rechtsfolgen der nach Entstehung des Schuldverhältnisses (bezw. nach dem Abschlusse des gegenseitigen Vertrags) eintretenden Unmöglichkeit; es muß also schon ein Schuldverhältnis vorhanden sein. Auch hieraus geht hervor, daß der zu den genannten Bestimmungen die Ergänzung bildende § 276 (samt seinen Ausnahmen) nicht auf die §§ 823 ff. Anwendung finden kann, in denen sich das Verschulden ja gerade auf Handlungen bezieht, die ein Schuldverhältnis überhaupt erst zur Entstehung bringen. Es folgt hieraus auch, daß die Haftung nur für gewisse Vorkommnisse innerhalb eines bestimmten Schuldverhältnisses durch Vereinbarung gemäß § 276 Abs. 2 beschränkt werden kann, nicht aber damit zugleich die Haftung für Vorkommnisse, die, wie die unerlaubten Handlungen, ein Schuldverhältnis erst begründen, m. a. W. es ergibt sich, daß eine Einschränkung der Haftung auf schwerere Schuldarten für den Fall nachträglicher Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung nicht auf die Haftung wegen unerlaubter Handlungen einen beschränkenden Einfluß hinsichtlich des Verschuldens ausübt.

Wie steht es nun mit dem von v. Liszt zuerst angeführten Grunde, daß durch Zulassung der Haftung nach § 823 die gesetzlichen (oder vereinbarten) Bestimmungen über eingeschränkte Haftung aus Vertrag (oder einem anderen Schuldverhältnisse) einfach unanwendbar gemacht würde? Es ist das dieselbe Erwägung, die wir schon auf S. 404 zur Motivierung der Ansicht Endemanns gebracht haben, und sie hat für den ersten Augenblick etwas Bestechliches an sich. Aber ist es denn ein Widerspruch, wenn man den Schadenstifter, trotzdem seine Haftung aus dem vorliegenden Schuldverhältnisse unter das Maß des § 276 herabgemindert ist, nach § 823 für jede Fahrlässigkeit haften läßt? Es mag ja ganz angemessen sein, wenn in gewissen Fällen der Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit haftet oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Die Gründe hierfür liegen z. B. beim

[1]) Analog auch der Gläubiger in den §§ 323 f. B.G.B.

Digitized by Google

Verleiher, beim unbezahlten Verwahrer oder beim Finder in der Gefälligkeit, die sie mit dem Verleihen, Verwahren, Aufheben der Sache dem anderen Teile erweisen. Wenn aber innerhalb eines Schuldverhältnisses die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist, so ist damit noch nicht jedes leichte Versehen für erlaubt erklärt, so daß der Schuldner der Klage aus § 823 den Ausschluß der Rechtswidrigkeit entgegensetzen könnte. Sondern gerade ein solches leichtes Versehen kann die Voraussetzungen des § 823 erfüllen, also unerlaubte Handlung sein, wenn man von dem zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisse absieht und den Thäter nur als Menschen gegenüber einem anderen Menschen haften läßt. Die Ansicht, durch die §§ 599, 968 B.G.B. sei dem Verleiher und dem Finder jedes leichte Versehen erlaubt, wäre ebenso falsch wie die Ansicht, daß, weil § 241 St.G.B. nur die Bedrohung mit der Begehung eines Verbrechens bestraft, jede Bedrohung mit einem Vergehen straflos sei. Die Bedrohung mit einem Vergehen kann vielmehr unter andere Vorschriften, z. B. § 240 St.G.B., fallen und ist dann zu bestrafen; dem entsprechend kann auch beim Verleiher, Finder u. s. w. ein leichtes Versehen unter § 823 B.G.B. fallen und hiernach zum Schadensersatze verpflichten. Unanwendbar werden dadurch die gesetzlichen Bestimmungen oder die Vereinbarungen über Beschränkung der Haftung noch nicht gemacht, denn es bleibt in den betreffenden Fällen doch immer noch ein Kreis von leicht fahrlässigen Handlungen innerhalb eines Schuldverhältnisses übrig, die nicht zugleich unerlaubte Handlungen sind und auf die dann die betreffenden Beschränkungen Anwendung finden. Es liegt also durchaus kein Widerspruch darin, den Schuldner in den angeführten Fällen auch für leichte Fahrlässigkeit verantwortlich zu machen, wenn die Voraussetzungen des § 823 B.G.B. erfüllt sind. Es ist dies aber auch keineswegs unbillig. Denn wenn die Haftung für Handlungen innerhalb eines Schuldverhältnisses beschränkt ist, so ist es ganz gerechtfertigt, dann, wenn eine solche Handlung zugleich eine unerlaubte Handlung ist, den Schuldner wieder strenger haften zu lassen eben deswegen, weil die Handlung eine unerlaubte, eine ein absolutes Recht verletzende ist. Dasselbe hat auch bei einem Schuldverhältnisse, welches zur Prästierung von diligentia quam suis rebus verpflichtet, von Handlungen zu gelten, welche bezüglich des Verschuldens außerhalb dieser Grenze liegen.

Diese Ansicht ist durchaus nicht neu. Sie ist schon im römischen

Digitized by Google

Recht anerkannt gewesen. Dort haftete der Schenker, Verleiher u. a. nach dem Schuldverhältnisse nur bis zu culpa lata, während „in lege Aquilia et levissima culpa venit". Es entstand daher gleichfalls die Frage, ob der Schenker, Verleiher für leichtfahrlässige Handlungen innerhalb des Schuldverhältnisses mit der actio legis Aquiliae, falls deren Voraussetzungen vorlagen, belangt werden könnte. Die neueren Romanisten bejahten dies unbedenklich; vgl. z. B. Vangerow, Pandekten III § 681 Anm. 3, II, Dernburg, Pandekten II § 131 (Anm. 22). Letzterer begründet diese Ansicht mit folgender, von uns auch für das jetzige Recht geltend gemachter Argumentation: „Wenn leichte Versehen nicht unter der lex contractus begriffen sind, so heißt dies nicht, daß sie erlaubt seien. Als Kontraktsschuldner steht der Depositar allerdings nur für dolus und culpa lata ein, aber infolge seiner allgemeinen Bürgerpflicht für kulpose Sachbeschädigungen." In den einschlägigen Stellen des Corpus juris finden wir allerdings diese Ansicht nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber sie ergibt sich einmal daraus, daß, wenn die Voraussetzungen einer Kontraktsklage und zugleich der actio legis Aquiliae erfüllt waren, beide Klagen ohne jede Einschränkung dem Geschädigten wahlweise zustanden (vgl. z. B. l. 18 § 1 D. commodati 13, 6; l. 34 § 1 f. D. de o. et a. 44, 7), und anderseits auch daraus, daß die actio legis Aquiliae, welche den Töter eines Sklaven oder eines vierfüßigen Herdentieres zum Ersatze des höchsten Wertes des Getöteten im letzten Jahre und denjenigen, der in anderer Weise (Brennen, Brechen, Verderben) Schaden zufügte, zum Ersatze des höchsten Wertes der Sache in den letzten dreißig Tagen verpflichtete, also meist auf *mehr* ging als die Kontraktsklage, bei welcher für die Berechnung des Umfangs des Schadens der Zeitpunkt seiner Zufügung oder ein noch späterer Zeitpunkt maßgebend war — daß also die actio legis Aquiliae in Fällen, wo beide Haftungen in Frage kamen, auch noch nach Anstellung der Kontraktsklage zugelassen war, *soweit* sie auf ein *Mehr* ging (vgl. Dernburg, Pandekten I § 135 S. 319 und l. 34 § 1 f. D. de o. et a. 44, 7); denn wenn in *dieser* Beziehung eine schärfere Haftung aus der lex Aquilia ohne weiteres zugelassen wurde, warum hätte dann der Schuldner nicht auch für leichte Fahrlässigkeit herangezogen werden sollen in Fällen, wo die Aquilische Haftung gegenüber der Vertragshaftung bezüglich des *Verschuldens* auf ein *Mehr* ging?

Wir müssen also die Ansicht, daß die Einschränkung der Haftung

Digitized by Google

aus einem Schuldverhältnisse auf schwerere Schuldarten auch die Haftung aus unerlaubten Handlungen ergreife und sie in derselben Weise einschränke, verwerfen und vielmehr, falls zugleich die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung vorliegen, für die unbeschränkte Anwendung der §§ 823 ff. auch auf Handlungen innerhalb eines Schuldverhältnisses eintreten.

III.

Dieselben Gründe, die zu dem eben aufgestellten Satz führen, berechtigten auch zu der Ansicht, daß dann, wenn die Verjährungsfrist für Ansprüche aus dem Schuldverhältnisse eine andere (meist kürzere) ist als für die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen und der Kläger seine Klage auf die §§ 823 ff. stützt, der Beklagte ihm nur die dreijährige Verjährung aus § 852 entgegenhalten kann. Das ist auch ganz billig, denn wenn der Schuldner nicht nur das Schuldverhältnis verletzt, sondern — wodurch der Fall schwerer wird — damit zugleich eine unerlaubte Handlung vornimmt, so soll der größeren Schwere des Falles entsprechend auch eventuell eine strengere Haftung bezüglich der Verjährung stattfinden.

Es rechtfertigt sich nunmehr auch die Haftung von Mitthätern, Anstiftern und Gehilfen für Handlungen innerhalb eines Schuldverhältnisses, falls solche zugleich unerlaubte Handlungen sind. Daß hierdurch der Geschädigte besser gestellt ist als bei Endemanns Ansicht, wird niemand leugnen. Ja auf diese Weise kann eventuell der Kläger überhaupt erst zu seinem Schadensersatze kommen, wie v. Liszt in folgendem Falle zeigt (Deliktsobligationen S. 12): „Man nehme an, daß A die dem C gehörende Sache zerstören will, ohne sich ersatzpflichtig zu machen. Zu diesem Zwecke bestimmt er den völlig mittellosen B, sich die Sache von C zu leihen und sie dann während der Dauer des Vertragsverhältnisses zu vernichten. A bleibt als Anstifter ganz außer aller Haftung, sobald die Deliktsklage ausgeschlossen ist.“ Und vom mittellosen B ist nichts zu bekommen. Endemanns Ansicht würde also hier zu einem ganz unbefriedigenden Ergebnisse führen.

Wenn der Geschädigte von den beiden konkurrierenden Klagen die Deliktsklage auswählt, so haben auch die Bestimmungen über die privatrechtliche Deliktsfähigkeit (§§ 827—829 B.G.B.) zur Anwendung zu kommen. Zwar beruft sich § 276 für die Beurteilung, ob die Unmöglichkeit einer Leistung zu vertreten ist, auch auf die

Digitized by Google

§§ 827, 828, jedoch schließt er den § 829 durch seine Nichterwähnung aus und läßt diese wichtige Ausnahme von den §§ 827, 828 lediglich für unerlaubte Handlungen gelten. Auch hier ist für den Geschädigten mit der Möglichkeit, aus dem Delikt zu klagen, eventuell ein großer Vorteil geboten, da der Schadenstifter, auch wenn er noch nicht sieben Jahre alt ist, dennoch nach § 829 zum Schadensersatze verpflichtet sein kann, wenn er z. B. ein bedeutendes Vermögen besitzt, so daß ihm der Ersatz des Schadens nicht schwer fällt.

Ferner hat der Geschädigte in unseren Fällen durch die Klagenkonkurrenz noch eine größere Auswahl von Gerichtsständen, da für die Deliktsklage auch wahlweise das forum delicti commissi begründet ist (§ 32 C.P.O.). Auch die Anwendung des § 393 B.G.B. ist gegeben, wenn gegen eine Forderung aufgerechnet werden soll, welche aus einer ein Schuldverhältnis verletzenden, aber zugleich ein Delikt bildenden Handlung entspringt, während Endemann hier § 393 ausschließt (a. a. O. S. 907, Anm. 4).

Wenn wir oben Endemannn wegen der von ihm versuchten Abgrenzung zwischen den §§ 278, 831 Inkonsequenz vorgeworfen haben, so müssen wir jetzt allerdings die Konkurrenz der beiden Rechtssätze behaupten. Ihr gegenseitiges Verhältnis ist schon in einigen Monographien[1]) behandelt worden, wir wollen daher hier nicht ausführlich auf diesen Gegenstand eingehen, sondern nur neben einer kurzen Analyse und einem Vergleiche beider Bestimmungen die Fehler der bisherigen Darstellungen über diese Paragraphen aufdecken.

A) § 278 erwähnt zwei Kategorien von Personen: den gesetzlichen Vertreter des Schuldners und Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Den gesetzlichen Vertreter können wir hier weglassen, da er für den Vergleich mit § 831 nicht in Betracht kommt.

1. § 278 setzt, wie auch in den Abhandlungen über ihn richtig erkannt wird, zunächst das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus; das beweisen die Ausdrücke „der Schuldner" und „Erfüllung seiner Verbindlichkeit".

2. Der Schuldner bedient sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eines anderen, sei es nun, daß dieser die Erfül-

[1]) Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des B.G.B. zur objektiven Schadensersatzpflicht; v. Liszt, a. a. O.; Schütz, Die Haftung für das Verschulden von Gehilfen; Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden; u. a.

Digitized by Google

lung ganz übernehmen oder nur ermöglichen oder befördern soll. Wir wollen diese Person kurz „Gehilfen" nennen.

3. § 278 ist, wie schon oben S. 406 f. zur Genüge hervorgehoben wurde, ebenso wie § 276 kein selbständiger Rechtssatz, sondern er ergänzt außer anderen Vorschriften auch die §§ 280, 325. Er muß also mit diesen Paragraphen in Verbindung gebracht werden. Daraus ergibt sich als weitere Voraussetzung, daß die geschuldete Leistung nach Entstehung des Schuldverhältnisses ganz oder teilweise unmöglich geworden sein muß. Der Unmöglichkeit steht das Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich (§ 275 Abs. 2 B.G.B.).

4. Die Unmöglichkeit muß nach § 280 (325) infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes eingetreten sein. Zu vertreten hat der Schuldner nach § 278 auch ein Verschulden (d. i. Vorsatz und Fahrlässigkeit) seines Gehilfen, und zwar dieses Verschulden in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden, d. h. in der Regel (§ 276 Abs. 1) Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. In den Fällen, wo die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit herabgemindert ist, vertritt er auch nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Gehilfen. Wie steht es aber bei der Verpflichtung zum Einstehen für diligentia quam suis rebus? Wird in diesen Fällen die Grenze der Haftung durch den Nachweis gezogen, daß der Gehilfe, oder durch den Nachweis, daß der Schuldner in eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgfältiger ist? Das erstere ist nicht gut möglich, da sonst das Gesetz dem Schuldner gestattete, einen in eigenen Angelegenheiten möglichst nachlässigen Menschen auszusuchen (ohne daß ihm eine vom Gesetz präsumierte culpa in eligendo wie in § 831 vorgeworfen werden könnte). Wir müssen daher annehmen, daß der Schuldner (unbezahlter Verwahrer, Gesellschafter, Ehegatte u. s. w) zur Ablehnung seiner Haftung für leichtfahrlässige Handlungen seines Gehilfen zu beweisen hat, daß er, der Schuldner, in eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgfältiger gehandelt haben würde (ebenso Schollmeyer, Planck, v. Staudinger u. a.).

Die Beweislast, wenn streitig ist, ob die Unmöglichkeit die Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, trifft den Schuldner (§ 282 B.G.B.). Dieser hat also nachzuweisen, daß nicht ein vorsätzliches oder fahrlässiges bezw. grobfahrlässiges Verhalten seines Gehilfen die Unmöglichkeit verursacht hat. Im Falle der Beschränkung der Haftung auf diligentia quam suis rebus ist, wenn der Schuldner zunächst nur hat beweisen können, daß sein

Digitized by Google

Gehilfe nicht grobfahrlässig gehandelt hat, noch der Nachweis des Schuldners erforderlich, daß er (der Schuldner) selbst in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger gehandelt haben würde. Solange der Schuldner sich dieser Beweislast nicht unterzieht, wird vermutet, daß die Unmöglichkeit die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ist.

5. Die Folge dieses schuldhaften Verhaltens des Gehilfen muß also die Unmöglichkeit der Leistung bezw. das Unvermögen des Schuldners zur Leistung sein. Die daraus resultierende Nichterfüllung des vorliegenden Schuldverhältnisses kann dem Gläubiger Schaden bringen, und diesen hat der Schuldner zu ersetzen (§§ 280, 325, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung").

Der unter Nr. 3 erwähnte Zusammenhang des § 278 mit den §§ 280, 325 wird in der Literatur immer verkannt und § 278 als selbständiger Rechtssatz aufgefaßt.[1]) Die Folge ist, daß man im Unklaren darüber ist, worauf sich das Verschulden zu beziehen habe; wegen der in dem Relativsatze des § 278 erwähnten „Erfüllung" beziehen manche das Verschulden auf Erfüllungshandlungen, stellen dann aber lange Untersuchungen darüber an, ob jedes Verschulden bei Gelegenheit der Erfüllung (Rümelin, v. Liszt) oder nur ein Verschulden in Ausführung der Erfüllung (analog dem § 831 B.G.B.) haftbar mache, und kommen zum Teil schließlich auf dem Wege von Billigkeitserwägungen zu der letzteren Möglichkeit als Ergebnis, m. a. W. man nimmt eine Schadenszufügung durch eine schuldhaft mangelhafte Erfüllung oder durch eine zur Erfüllung erforderliche Handlung als Haftungsvoraussetzung an (Endemann, Schütz, Blau), wobei man auch die schon oben zurückgewiesene Auffassung haben müßte, daß „zu vertreten haben" dasselbe wie „schadensersatzpflichtig sein" bedeute. Es stehen hier indes nicht unbedingt Erfüllungshandlungen in Frage, sondern Handlungen, durch die die Leistung unmöglich wird (§§ 280, 325);[2]) das können im konkreten Falle zwar (mangelhafte) Erfüllungshandlungen sein, doch ist dies nicht unbedingt erfordert. Die Schadensersatzpflicht tritt auch nicht wegen mangelhafter Leistung ein (denn dafür be-

[1]) Diesen Fehler begehen die in der vorigen Anm. genannten Schriften; ebenso Endemann, a. a. O. I S. 501.

[2]) Schütz, a. a. O. S. 22, erkennt ganz richtig, daß § 278 zu dem von der Unmöglichkeit der Leistung handelnden Abschnitte gehört, ignoriert das aber später völlig. Zu der von uns vertretenen Ansicht vgl. auch in § 287 das Verhältnis zwischen Satz 1 und 2.

Digitized by Google

stehen vielfach beim speziellen Schuldverhältnisse besondere Vorschriften: Wandelung, Minderung), sondern wegen (gänzlichen oder teilweisen) Unterbleibens der Leistung (§§ 280, 325); falls die Leistung nur teilweise unmöglich geworden ist, wird nicht wegen der nur teilweisen (also mangelhaften) Leistung, sondern wegen der teilweisen Nichtleistung gehaftet. Das Verschulden bezieht sich dann auf die Handlungen (Thätigkeiten oder Unterlassungen), durch die die Leistung unmöglich wird. Es kann also gar nicht zu dem Streite kommen, ob das Gesetz ein Verschulden bei Gelegenheit der Erfüllung oder ein Verschulden in Ausführung der Erfüllung meint. Es bedarf ferner auch nicht einer Untersuchung, ob der Schaden das Erfüllungsobjekt treffen müsse oder nicht (Schütz a. a. O. S. 33); es handelt sich um nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung, also eventuell, aber nicht immer, um Untergang oder Verschlechterung des zu leistenden Gegenstandes;[1]) das ist natürlich für den Gläubiger eine Schädigung, aber sein Schaden kann noch weiter gehen (entgangener Gewinn). Ebenso überflüssig ist die Frage, ob der vom Gehilfen verursachte Schaden den Gläubiger oder auch einen anderen, eventuell einen Gehilfen des Gläubigers treffen könne (Schütz a. a. O. S. 35); denn § 280 beseitigt jeden Zweifel mit den Worten: „Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen."

Die zurückgewiesenen falschen Auslegungen des § 278 haben in den Abhandlungen über ihn auch die Anführung falscher Beispiele zur Folge. Rümelin (a. a. O. S. 58) sagt: „Wenn der Küfergeselle aus dem Nachbarkeller des Kunden eine Flasche Wein mitgehen heißt, soll auch die Haftung nach § 278 eintreten." v. Liszt (a. a. O. S. 103 f. Anm. 6) läßt den Geschäftsherrn als Schuldner nach § 278 für den Diebstahl seines Gehilfen bei Gelegenheit der Ausführung der diesem übertragenen Verrichtung haften. Blau (a. a. O. S. 26) subsumiert folgenden Fall unter § 278: „Ein Uhrmacher hat bei mir eine Wanduhr anzubringen; er läßt dies durch seinen Gehilfen besorgen. Dieser läßt die Uhr fallen und zertrümmert dabei zugleich eine Vase. Dann kann ich

[1]) Vgl. § 290 („Der ... untergegangen ist oder aus einem ... Grunde nicht herausgegeben werden kann"), § 292 („Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit"); ebenso § 818 Abs. 2, § 989.

Digitized by Google

von dem Uhrmacher die Vase ersetzt und die Uhr repariert oder, falls sie ganz unbrauchbar geworden ist, auch ersetzt verlangen." In den ersten zwei Beispielen würde der Geschäftsherr m. E. gar nicht zu haften haben, denn die Thatbestände fallen weder unter die §§ 278, 280, 325 (Unmöglichkeit der Leistung) noch unter § 831 B.G.B. Im letzten Beispiele ist der Uhrmacher für die Beschädigung der Uhr allerdings nach § 278 zum Schadensersatze verpflichtet, aber ebensogut läßt sich, wenn die Uhr demjenigen, bei dem sie anzubringen ist, gehört, § 831 anwenden. Die Zertrümmerung der Vase würde jedoch nur unter den nunmehr zu erörternden § 831 B.G.B. fallen.

B) § 831 setzt folgendes zur Haftung voraus:

1. Der Haftende muß einen anderen (einen „Gehilfen") zu einer Verrichtung bestellt haben. Unter Verrichtung ist jede Arbeitsleistung, jede Körperthätigkeit oder eine Mehrheit solcher zu verstehen; es kann darunter auch die Bewirkung einer geschuldeten Leistung fallen.

2. Der Gehilfe führt nun die Verrichtung aus; hierzu sind alle Thätigkeiten zu rechnen, die irgendwie zu der Verrichtung erforderlich sind, also auch Vorbereitungs- und Hilfsthätigkeiten. „In Ausführung der Verrichtung" fügt der Gehilfe einem Dritten Schaden zu, d. h. indem er die Verrichtung ausführt, verursacht er damit Schaden, oder: die zur Ausführung der Verrichtung nötige Thätigkeit hat einen Schaden für einen Dritten zur Folge; nicht genügt es, daß der Schaden bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung zugefügt wird.

3. Die Schädigung muß eine widerrechtliche sein, d. h. auf der Verletzung eines (absoluten) Rechts beruhen. Ein Verschulden des Gehilfen ist nicht erforderlich.

4. Wohl aber stellt das Gesetz die Vermutung für ein auf bestimmte Punkte sich beziehendes Verschulden des Geschäftsherrn auf, indem es demselben die Exkulpation durch den Beweis gestattet,

a) daß er

α) bei der Auswahl des Gehilfen und,

β) sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder

b) daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde, d. h. daß er nicht die Folge eines etwaigen Mangels an Sorgfalt ist, sondern auf Zufall beruht.

Digitized by Google

C) Durch einen Vergleich der beiderseitigen Voraussetzungen kommen wir zu folgenden Unterschieden:

§§ 278, 280 (325) erfordern:	§ 831 erfordert:
1. die Schädigung des Gläubigers,	1. die Schädigung jemandes,
2. durch die Herbeiführung der Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung (und Nichterfüllung der Verbindlichkeit),	2. durch eine widerrechtliche Handlung in Ausführung einer Verrichtung,
3. seitens (des gesetzlichen Vertreters und) dessen, dessen sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient,	3. seitens dessen, den der haftende Geschäftsherr zu der Verrichtung bestellt hat,
4. mit der durch Gegenbeweis seitens des Schuldners widerleglichen Vermutung des Verschuldens des (gesetzlichen Vertreters bezw.) Gehilfen.	4. mit der durch Gegenbeweis seitens des Geschäftsherrn widerleglichen Vermutung der culpa in eligendo, custodiendo, instruendo des Geschäftsherrn.

Es ist nun möglich, wenn auch vielleicht nicht allzu häufig, daß eine Handlung die Voraussetzungen der Haftung für den Erfüllungsgehilfen und derjenigen für den Verrichtungsgehilfen erfüllt. Die Bestellung jemandes zu einer Verrichtung kann nämlich zugleich ein sich dieser Person Bedienen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit sein. Dadurch, daß der Gehilfe die Verrichtung ausführt, also die Erfüllung der Verbindlichkeit oder eine sie vorbereitende (ermöglichende, fördernde) Thätigkeit vornimmt, kann er, wenn seine Handlungen ungeschickt, mangelhaft, anweisungswidrig u. s. w. sind, die geschuldete Leistung ganz oder teilweise unmöglich machen und dadurch einem Dritten, hier dem Gläubiger, Schaden zufügen. Die Verursachung der Unmöglichkeit kann zugleich eine widerrechtliche (z. B. Eigentumsverletzung) und schuldhafte Handlung sein. Damit sind dann die Thatbestandsmerkmale des § 831 wie der §§ 280 (325), 278 gegeben, und es findet nach unserer Ansicht Klagenkonkurrenz statt. Man möge sich mit folgendem Beispiele begnügen. A hat von seinem Freunde B dessen Fahrrad geliehen und läßt es von C zurückschaffen. C schiebt das Rad eine Strecke lang, dann dünkt ihn dies zu unbequem, und er setzt sich, da er früher einmal leidlich radfahren gelernt hat, auf das Rad, stößt aber, da er schlecht lenken und infolgedessen nicht ausweichen

Digitized by Google

kann, mit einem um die Ecke biegenden Gefährt zusammen, stürzt mit dem Rade und beschädigt dasselbe. Hier besteht zwischen A und B eine Verbindlichkeit (Rückgabepflicht, § 604 B.G.B.). Zu deren Erfüllung bedient er sich des C. Dieser verursacht durch seine Fahrlässigkeit die — teilweise — Unmöglichkeit der Rückgabe, denn infolge der Beschädigung kann das Rad nicht im vorherigen Zustande zurückgegeben werden. Aus der teilweisen Nichterfüllung entsteht dem Gläubiger B Schaden, und diesen hat A nach den §§ 280, 278 zu ersetzen. Anderseits findet auch § 831 Anwendung. A hat den C zu einer Verrichtung bestellt. In Ausführung dieser Verrichtung beschädigt C das Rad und fügt somit dem Eigentümer B einen Schaden zu und zwar widerrechtlich, weil durch Eigentumsverletzung. Auch nach § 831 ist also A dem B zum Schadensersatze verpflichtet, falls er nicht den in Satz 2 des § 831 zugelassenen Gegenbeweis liefert.

Zum Schlusse sei noch auf die Verschiedenheit der Beweislast im Falle der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung und im Falle unerlaubter Handlung aufmerksam gemacht. Verlangt der Gläubiger nach § 280 (325) B.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so muß er das Bestehen der betreffenden Verbindlichkeit, die nachträgliche Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung und den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden nachweisen. Nach § 282 steht dem Schuldner der Beweis offen, daß die Unmöglichkeit nicht die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ist.[1]) Der Erfolg einer Klage aus § 823 ist dagegen bedingt durch den Beweis der Verletzung eines der daselbst genannten Rechte durch den Beklagten, ferner durch den Nachweis des Verschuldens des Beklagten und der Schädigung des Klägers als Folge der Rechtsverletzung. Die Rechtswidrigkeit (§ 823 Abs. 1) ist nicht Gegenstand einer besonderen Beweislast des Klägers, sie ergibt sich aus der Rechtsverletzung von selbst; ihre Erwähnung deutet jedoch darauf hin, daß der Schadenstifter nicht haftet, wenn er zu der Rechtsverletzung ein Recht hatte (Ausschluß der Rechtswidrigkeit; vgl. §§ 227 ff., 859 f., 548, 602, Einwilligung des Geschädigten u. a.) und er dies beweist. — Die Beweislast des Geschäftsherrn bezüglich seines Verschuldens im Falle des § 831 ist schon oben besprochen worden.

[1]) § 282 hat auch für § 325 zu gelten, da dieser ja nur einen Spezialfall des § 280 enthält.

Digitized by Google

Man sieht sofort, daß bei Geltendmachung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung die Beweislast für den Geschädigten ungünstiger liegt als bei der Klage aus § 280 (325), da dort der Geschädigte das Verschulden, hier der Schadenstifter sein Nichtverschulden zu erweisen hat. Unterzieht sich aber in den Fällen der Konkurrenz beider Haftungen der Geschädigte der schwierigeren Beweisführung, so ist es ganz billig, wenn ihn das Gesetz dafür günstiger stellt als im anderen Falle, indem es ihm eine meist längere Verjährungsfrist zubilligt als das Schuldverhältnis, die Haftbarmachung von Mitthätern, Anstiftern und Gehilfen gestattet, den Schadenstifter auch für leichte Fahrlässigkeit verantwortlich macht, wo das zugleich vorliegende Schuldverhältnis die Haftung hinsichtlich des Verschuldens beschränkt, und schließlich eventuell auch bezüglich des Umfanges des zu erhebenden Schadens einen weitergehenden Anspruch als das betreffende Schuldverhältnis gibt. Auch dieser Gesichtspunkt rechtfertigt also die in dieser Darstellung vertretene Ansicht über das Verhältnis der Haftung aus unerlaubten Handlungen zu derjenigen für vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Leistungsunmöglichkeit.

Digitized by Google

XX.

Der Schutz des Eigentums im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Von

Friedrich Bunsen.

I.

Das Eigentum erscheint im Rechtsgebiete von zwiefacher Seite. Von innen betrachtet ist das Eigentum die typische Gestalt für die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zu unserem Vermögen. Was uns gehört, nennen wir unser „Eigen“; gehört uns eine Sache, so bezeichnet das Recht diese Beziehung zur Sache als Eigentum im technischen Sinne.[1] Eigentumserwerb bedeutet Vermehrung, Eigentumsverlust Verminderung unseres Vermögens.[2]

Diese sich im Eigentume offenbarende rechtliche Beziehung der Person zur Sache ist ein Rechtsverhältnis, das seinen besonderen Schutz in der Feststellungsklage, außerdem in dem Falle der Anm. 2 in dem Anspruche auf Berichtigung des Grundbuches findet. Die

---

[1]) Im weiteren Sinne ist der Begriff ein allgemeiner, so daß man auch von einem Eigentum an Rechten, insbesondere an Forderungsrechten sprechen kann, s. A. Pr. Landr. I, 8 § 1.

[2]) Vermöge des im Liegenschaftsrechte durchgeführten Grundbuchsystems kann es vorkommen, daß das (formelle) Bucheigentum und das wirkliche (materielle) Eigentum auseinander gehen, indem der wirkliche Eigentümer nicht eingetragen ist (z. B. der Erbe des eingetragenen Eigentümers) oder der als Eigentümer Eingetragene Eigentum nicht erworben hat (wenn z. B. der Eintragungsakt nichtig ist). In solchen Fällen kann der wirkliche Eigentümer die Berichtigung des Grundbuchs begehren (B.G.B. §§ 894—898). Diese Form des Eigentumsschutzes hängt ausschließlich mit dem Grundbuchrecht zusammen, der Eigentümer genießt diesen Schutz auch in dem Falle, wenn ein anderes Recht an der Sache zu Unrecht eingetragen ist.

Digitized by Google

nachstehende Abhandlung scheidet diese Form des Schutzes aus der Darstellung aus.

Von außen betrachtet ist das Eigentum der rechtlich gewährleistete Besitz einer Sache, eine durchaus realistische Erscheinung. Was uns der Besitz thatsächlich bietet, das Haben, Verfügen und Genießen, das haben wir im Eigentume rechtlich. Diese vom Gesetze gewährleistete reale Machtbefugnis (B.G.B. § 903), mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, ist jedoch keine unbeschränkte, sie findet ihre Begrenzung in den gesetzlichen Eigentumsschranken und in den Rechten Dritter („soweit nicht das Gesetz und die Rechte Dritter entgegenstehen").

Eine Eigentumsschranke allgemeiner Art gibt der § 904 B.G.B. Danach darf der Eigentümer Einwirkungen eines anderen auf die Sache nicht verbieten, wenn solche Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr, mag dieselbe dem anderen selbst oder einem Dritten drohen, notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.[1])

Es ist damit anerkannt, daß das Eigentum den höheren Interessen auch Privater zu weichen hat. Das Gesetz stellt das Eigentum gegenüber solchen höheren Interessen (Leben, Gesundheit anderer) zurück, expropriiert also gewissermaßen den Eigentümer im Verhältnis zu den höheren Interessen des anderen Schutzbedürftigen.

Ist Gegenstand des Eigentums ein Grundstück, d. h. eine (mathematisch) begrenzte Bodenfläche, so ergreift das Recht mit dem Grundstücke auch die wesentlichen Bestandteile desselben (§§ 94 bis 96 B.G.B.). Die dem Eigentümer gewährleistete Besitzmachtvollkommenheit erstreckt sich aber weiter auf den Raum über der Oberfläche des Grundstücks und auf den Erdkörper unter der Oberfläche, so daß der Grundstückseigentümer mit diesem Raum und

---

[1]) Der Eigentümer kann jedoch Ersatz des ihm entstehenden Schadens begehren. Von wem? sagt das Gesetz nicht. Verpflichtet ist danach der Einwirkende, denn er hat den Schaden zugefügt. So auch Planck, Kommentar zu § 904 S. 134 f. im Gegensatze zu Biermann, Kommentar zu § 904, und Endemann, Einf. I S. 374, welche denjenigen für haftbar erklären, zu dessen Gunsten der Schaden angerichtet wurde. Das Bürgerliche Gesetzbuch bietet jedoch hierfür keine Handhabe. Eine andere Frage ist, ob derjenige, zu dessen Nutzen der Eingriff erfolgt ist, dem Eigentümer aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung nach Maßgabe der §§ 812 ff. B.G.B. haftet.

Digitized by Google

diesem Erdkörper, soweit nicht das Gesetz und Rechte Dritter entgegenstehen, nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung darauf ausschließen kann.[1])

Diese Ausdehnung der Besitzmachtvollkommenheit über den realen Bestand der begrenzten Bodenfläche und ihrer wesentlichen Bestandteile hinaus erleidet jedoch in doppelter Richtung Beschränkungen, durch welche den sozialen Anforderungen der Gesamtheit gegenüber dem einzelnen entsprochen wird.

1. Die erste Schranke entspricht der für die Ausübung der Rechte bestehenden allgemeinen Vorschrift (§ 226), sie bestimmt (§ 905), daß der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten darf, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat.

Im Streitfalle hierüber hat der Eigentümer, wenn die Einwirkung die gewöhnliche und gebräuchliche Benutzungsgrenze überschreitet, sein Interesse an dem Verbote zu beweisen;[2]) denn die bezeichnete Schranke bildet eine aus der Natur der Sache folgende, den sozialen Verhältnissen entsprechende regelmäßige Begrenzung der Besitzmachtvollkommenheit des Grundeigentümers.

2. Eine andere Beschränkung allgemeiner Art bedingt das Zusammenleben der Menschen in Städten und Dörfern. Dasselbe erfordert, daß der Grundstückseigentümer die durch die Zuströmung der sog. Imponderabilien[3]) entstehenden unvermeidlichen Belästigungen nicht verbieten darf, wenn die Zuführung von einem anderen Grundstücke auf natürlichem Wege (Luftströmung) und nicht durch eine besondere Leitung erfolgt, und dadurch die Benutzung des Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird, oder wenn die wirklich stattfindende Beeinträchtigung nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist, z. B. in Dörfern im Falle der Lagerung von Dung, in Fabrikstädten durch Rauch und Ruß aus Schornsteinen, in einem Stadtteile, in welchem

[1]) B.G.B. § 905 (903). Aus dieser Bestimmung darf man keineswegs folgern, daß auch das Eigentum als Rechtsverhältnis, also von seiner inneren Seite betrachtet sich auf den Erdkörper und die Luftsäule erstrecke. Zur Annahme eines solchen widernatürlichen Eigentums an einem Teile des Erdballes bietet das Gesetz keine Veranlassung.

[2]) A. A. Planck, Kommentar zu § 905 Anm. 4a. P. Auffassung würde zu der oben zurückgewiesenen Annahme eines Eigentums an der grundlosen Tiefe und himmelhohen Luftsäule führen.

[3]) Das Gesetz (§ 906) nennt: „Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche".

Digitized by Google

Gewerbebetrieb stattfindet, z. B. Gerberei, Schmiede u. ä., durch Gerüche und Geräusch. Die Belästigung muß von einer auf einen anderen Grundstücke bestehenden Einrichtung oder in anderer Weise, z. B. durch Halten von Vieh auf demselben u. s. w., ausgehen. Darauf, ob dieses Grundstück dem anderen benachbart ist, kommt es nicht an (§ 906).

Auch in diesem Falle handelt es sich um eine allgemeine Regel, nicht um einen besonderen Ausnahmefall.[1]) Die Beschränkung ist mehr öffentlichrechtlicher Natur, jedenfalls insofern von sozialer Bedeutung, als ohne dieselbe das Zusammenwohnen überhaupt nicht möglich sein würde. Im Streitfalle hat also derjenige, welcher die Zuführung von Imponderabilien aus einem anderen Grundstücke verbietet und deshalb negatorisch klagt, zu beweisen, daß die Voraussetzung des Verbietungsrechts, also eine wesentliche Beeinträchtigung seines Grundstückes, welche nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage ungewöhnlich ist, vorliegt oder daß die Zuführung durch eine besondere Leitung erfolgt.[2])

---

[1]) Im ersten Entwurfe (§ 850) war positiv ausgesprochen, daß der Eigentümer die Zuführung solcher Imponderabilien zu dulden hat. In der Kommission für die zweite Lesung wurde die positive Fassung beanstandet. Man wählte die negative Fassung des Gesetzes und brachte damit zum Ausdruck, daß der Eigentümer gegen die Zuführung Abwehrmaßregeln ergreifen könne. In dem Prot. der Kommission für die zweite Lesung (Bd. 3 S. 124) ist positiv ausgesprochen, daß diese Beschränkung des Eigentums eine den regelmäßigen Verhältnissen entsprechende ist, daß sie mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens getroffen sei.

[2]) A. A. bezüglich der Beweislast Planck, Kommentar zu § 906 Bem. 5 Abs. 2, Biermann, Kommentar zu § 906 Bem. Abs. 3, beide unter Berufung auf eine Bemerkung in den Prot. der zweiten Lesung Bd. 6 S. 225. Die Ansicht der Kommissionsmitglieder ist umsoweniger entscheidend, als in denselben Protokollen Bd. 3 S. 125 die gegenteilige Auffassung vertreten ist. Beide Kommentatoren gehen davon aus, daß der Anspruchsberechtigte zur Begründung des negatorischen Anspruchs nur sein Eigentum und die Thatsache der Einwirkung zu beweisen habe, während es Sache des Gegners sei, die Voraussetzungen zu beweisen, unter welchen der Anspruch ausgeschlossen sei. Aus der Fassung des § 903 „soweit nicht das Gesetz ... entgegensteht" allein kann dies nicht für alle Fälle gleichmäßig gefolgert werden, man würde sich damit einer verderblichen Buchstabeninterpretation schuldig machen (s. darüber Wach, Zeitschr. f. d. Civ.Proz. Bd. 29 S. 375 ff.), man hat vielmehr im einzelnen Fall festzustellen, welchen Fall das Gesetz als Regelfall annimmt. Wenn das Gesetz also für die Regelfälle das Verbietungsrecht ausschließt, so gewährt es den Anspruch nur in den Ausnahmefällen. Wer den Ausnahmefall für sich geltend macht, muß dessen Vorhandensein beweisen.

Digitized by Google

Alle Eigentumsbeschränkungen richten sich gegen die Außenfunktion des Eigentums,[1]) beschränken also den Eigentümer in seiner Besitzmachtvollkommenheit; sie ergreifen die im Eigentum stehende Sache, treffen damit nicht nur den Eigentümer und andere dinglich Berechtigte sondern auch den Besitzer. Gegenüber den aufgeführten allgemeinen Eigentumsschranken der §§ 904—906 B.G.B. besteht also weder dinglicher Rechtsschutz noch Besitzschutz, so daß auch der Besitzer einer nach § 904 nicht zu verbietenden Einwirkung zu weichen hat, eine solche Einwirkung also keine verbotene Handlung, insbesondere auch keine verbotene Eigenmacht ist.

Innerhalb vorstehender Schranken stehen dem Eigentümer gegen Beeinträchtigung seiner Besitzmachtvollkommenheit die inhaltlich gleichen Ansprüche,[2]) welche dem Besitzer im Falle der Entziehung und Störung gegeben werden, zu, nämlich:

a) der vindikatorische Anspruch auf Herausgabe der Sache, falls die Beeinträchtigung in einer Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes besteht, und

b) der negatorische Anspruch auf Beseitigung einer anderen Störung verbunden mit dem Klagerecht auf Unterlassung künftiger Störung.

Anspruchsberechtigt ist der Eigentümer.[3])

Im Streitfalle hat der Anspruchsberechtigte zu beweisen, daß er das Eigentum an der Sache, bezüglich deren der Anspruch

---

[1]) In seiner Innenfunktion ist das Eigentum unbeschränkbar, es gibt wohl geteiltes, gemeinschaftliches Eigentum, aber nicht mehrfaches Eigentum an derselben Sache, insoweit ist das Eigentum ein absolutes, ausschließliches Recht. Auch die beschränkten dinglichen Rechte nehmen dem Eigentümer nichts von seinem Zugehörigkeitsrechte, sondern belasten die Sache, beschränken die Besitzmachtvollkommenheit des Eigentümers.

[2]) Dem Eigentümer einer beweglichen Sache steht außerdem das Abholungsrecht und ein demselben entsprechender Anspruch im gleichen Umfange wie dem Besitzer zu, wenn seine Sache sich auf einem im Besitze eines anderen befindlichen Grundstücke befindet. Darüber gelten keine besonderen Normen, es finden vielmehr die für den Schutz des Besitzers im gleichen Falle geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung (§ 1005).

[3]) Wie der Eigentümer wird geschützt der Erbbauberechtigte (§ 1017 Abs. 2) und die diesem gleichgestellten Berechtigten z. B. der Erbpachtberechtigte (E.G. Art. 63, 68), ebenso der Nießbraucher (§ 1065). Den vindikatorischen Anspruch hat auch der frühere Fahrnisbesitzer gegen den jetzigen schlechteren Besitzer (§ 1007). Den negatorischen Anspruch haben auch der Grunddienstbarkeitsberechtigte (§ 1027) und der zu einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Berechtigte (§ 1090 Abs. 2).

Digitized by Google

erhoben wird, erworben hat. Der Beweis ist unter Umständen recht schwierig (probatio diabolica!), darum stellt das Gesetz bezüglich der Eigentumsfrage Vermutungen auf.

Ist die Sache ein Grundstück und der Anspruchsberechtigte im Grundbuche als Eigentümer eingetragen, so spricht für ihn die Vermutung, daß er wirklicher Eigentümer ist (B.G.B. § 891). Es ist Sache des Anspruchsverpflichteten, das Gegenteil zu beweisen, also zu beweisen, daß der Anspruchsberechtigte trotz der Eintragung nicht Eigentümer geworden ist oder es nicht mehr ist. Diesen Beweis kann er insbesondere dadurch führen, daß er sein Eigentum oder das Eigentum eines Dritten beweist;[1]) denn es handelt sich nicht um eine Einrede, sondern um ein Bestreiten des Klaggrundes nicht um ein Recht des Beklagten, sondern um das Recht des Klägers, dessen Existenz durch solche Behauptung bestritten wird.[2])

Ist der Anspruchsberechtigte nicht als Eigentümer des in Anspruch genommenen Grundstückes eingetragen, so muß er nachweisen, daß er das Eigentum ohne Eintragung (z. B. durch Erbfall) erworben, oder daß er als früher eingetragener Eigentümer sein Eigentum durch die Auflassung an den jetzt eingetragenen Eigentümer nicht verloren hat.[3])

Ist Gegenstand des Anspruchs eine bewegliche Sache, so muß der Anspruchsberechtigte nachweisen, daß er gegenwärtig Eigentümer der in Anspruch genommenen Sache ist. Ist er Besitzer der Sache, so spricht für ihn die Vermutung, daß er Eigentümer der Sache ist (B.G.B. § 1006 Abs. 1); ist er nicht Besitzer, so muß er beweisen, daß er das Eigentum erworben hat, also einen in der Vergangenheit liegenden Eigentumserwerbsgrund für sich behaupten und beweisen. War er früher Besitzer, so spricht für ihn die Vermutung, daß er während der Zeit seines Besitzes Eigentümer war, also damals Eigentum erworben hatte. Diese Vermutung wirkt für die Gegenwart fort, es bedarf also in diesem Falle nicht der Behauptung und des Beweises eines in der Vergangenheit liegenden Erwerbsgrundes.[4])

Richtet sich, wie im Falle der vindikatorischen Klage, der

---

[1]) So mit Recht R.G. 28 S. 310 für das frühere Preuß. Recht (G. v. 5. Mai 1872 § 7). Anders R.G. 2 S. 228.

[2]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. III S. 141 Anm. 2.

[3]) Es kann die zur Auflassung erforderliche Erklärung (Einigung) nichtig oder als anfechtbar angefochten sein, s. Dernburg a. a. O. S. 189 unter IV.

[4]) S. Gierke, Fahrnisbesitz S. 26 f.

Digitized by Google

Anspruch gegen den Besitzer, so spricht für diesen die gleiche Vermutung, der Anspruchsberechtigte muß also in diesem Falle die für den Verpflichteten als Besitzer sprechende Vermutung widerlegen, d. h. behaupten und beweisen, daß der Besitzer durch den Besitzerwerb nicht Eigentümer geworden sei,[1]) indem es entweder an einer wesentlichen Voraussetzung für solchen Erwerb fehlte (s. §§ 924 bis 934 B.G.B.), oder indem der Besitz überhaupt nicht das Eigentum verschaffen konnte, weil der Gegner nicht als Eigenbesitzer, sondern z. B. als Finder oder als Fremdbesitzer für den mittelbaren Besitzer besitzt oder besaß.[2])

Die aus dem Besitze folgende Eigentumsvermutung nützt demjenigen, der sich darauf beruft, nicht, wenn der Gegner beweist, daß *er* als früherer Besitzer den Besitz unfreiwillig verloren hat (B.G.B. § 1006 Abs. 2). In diesem Falle muß der Behauptende beweisen, daß er das Eigentum nach jenem Verluste wirklich erworben hat. Diese Ausnahme gilt jedoch dann nicht, wenn Geld oder Inhaberpapiere Gegenstand des Streites sind.

Steht die Sache im Miteigentum, so kann jeder Miteigentümer die Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber *in Ansehung der ganzen Sache* geltend machen (B.G.B. § 1011), den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur dahin, daß der Besitzer die Sache, soweit sie sich zur Hinterlegung eignet, für alle Miteigentümer hinterlegt, sonst an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert (B.G.B. §§ 1011, 432).

Gegenstand der Ansprüche sind Sachen, also körperliche Gegenstände, und zwar nur solche Sachen, welche für sich Gegenstand eines Rechtes sein können, also in diesem Sinne eine objektiv rechtliche Selbständigkeit haben, und zwar nicht nur individuell bestimmte Sachen, sondern auch eine *bestimmte* Menge vertretbarer Sachen (z. B. eine Schiffsladung Korn, Kohlen) oder anderer beweglicher Sachen.

---

[1]) *Lehmann*, Sachenrecht § 28 Nr. 4a bürdet für den Fall, daß Kläger bewiesen hat, daß er Eigentum erworben hatte, oder daß für ihn die Vermutung aus früherem Besitze fortwirkt (s. vorige Anm.), dem Beklagten den Beweis ab, daß er seinerseits Eigentümer geworden sei. Dieser Ansicht kann man nicht beitreten, denn sie verstößt gegen den Grundsatz „in pari conditione melior est causa possidentis". Weder der Wortlaut des Gesetzes, noch die Absicht des Gesetzgebers (s. Denkschrift S. 134) sprechen dafür.

[2]) B.G.B. § 1006 Abs. 3. Die Streitfrage, ob der Verlierer im Verhältnisse zum Finder mittelbarer Besitzer ist (s. Gierke a. a. O. S. 7 Anm. 15, anderseits Wendt, Archiv. f. ziv. Pr. 87, S. 61), ist hier nicht zu erörtern.

Digitized by Google

Dagegen kann ein Inbegriff von Sachen (z. B. eine Herde, eine Bibliothek, eine Gemäldesammlung) nicht Gegenstand eines Eigentumsanspruchs sein, da Eigentum und Besitz nur an den einzelnen mit dem Inbegriffe bezeichneten Sachen nicht an dem Inbegriffe als solchem bestehen.[1])

Der Bienenschwarm steht unter besonderem Recht, er ist im Sinne des Gesetzes eine bestimmte Menge von Sachen, welche als solche Gegenstand eines Eigentumsanspruchs sein kann. Dem Eigentümer eines Schwarmes wird außerdem ein besonderes Verfolgungsrecht gewährt (§§ 961, 962 B.G.B.).

Wer einen Eigentumsanspruch erhebt, muß im Streitfalle dem Verpflichteten und dem, der den Streit entscheiden soll, den Gegenstand des Anspruchs in erkennbarer Weise bestimmt bezeichnen. Erstreckt sich der Anspruch auf mehrere Sachen, welche man im gewöhnlichen Leben im Verkehr nicht einzeln, sondern als Inbegriff zu bezeichnen pflegt, so genügt auch hier zunächst solche Bezeichnung, unbeschadet der Verpflichtung des Berechtigten, den Inbegriff (z. B. Herde) nach Zahl und Art genau zu bezeichnen, falls darüber Streit besteht.[2])

In den aufgeführten Ansprüchen erschöpft sich der Eigentumsschutz nicht. Das Zusammenwohnen der Menschen in Städten und Dörfern, das Nachbarverhältnis erfordert weitere Ausgleichungen für die Machtsphäre der Nachbarn, weitere Schranken und Lasten, um eine ordnungsmäßige wirtschaftliche Ausnützung zu ermöglichen. Das Gesetz legt demgemäß dem Grundstückseigentümer im Verhältnisse zu seinem Nachbarn besondere Rechte und Pflichten auf. Die

---

[1]) Wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch in einzelnen Bestimmungen (§§ 90, 260, 1035) von einem Inbegriffe von Sachen redet, so erschöpft sich doch die praktische Verwendbarkeit eines Inbegriffs in diesen Bestimmungen, und es ist nicht gerechtfertigt, dem Inbegriffe als solchen darüber hinaus im dinglichen Rechtsverkehr eine sachliche Selbständigkeit, eine objektive Rechtsfähigkeit zu verleihen. Rechtshandlungen mit dinglicher Wirkung, Besitzübertragung zur Verschaffung eines dinglichen Rechts, Pfändungen können nur an den einzelnen Sachen vorgenommen werden, so daß beispielsweise bei der Einräumung eines Nießbrauchs an einem Warenlager der Nießbraucher das Recht nur insoweit erwirbt, als er den Besitz der einzelnen zum Warenlager gehörenden Sachen erlangt hat.

[2]) Anders Lehmann, Sachenrecht § 28 Nr. 7, der in diesem Falle eine Verpflichtung des Besitzers annimmt, ein Verzeichnis des Bestandes anzufertigen und event. den Offenbarungseid zu leisten (§ 260 B.G.B.). Dagegen Bland, Kommentar zu § 985 1 a γ.

Digitized by Google

Summe dieser gegenseitigen Pflichten bezeichnet man als das sog. Nachbarrecht (§§ 907—918).[1])

Ebenso regelt das Gesetz in besonderer Weise die Verhältnisse der Grundstücksnachbarn bezüglich der Grenze, d. h. derjenigen mathematischen Linie, welche zwei benachbarte Grundstücke von einander scheidet, und deshalb insoweit, als sie das thut, notwendig die Grenze für beide Grundstücke bildet. An der Feststellung und Erhaltung dieser Grenze haben beide Nachbarn ein gleiches Interesse. Das Gesetz schützt dieses Interesse in besonderer Weise (§§ 919—923).

Es sollen nun in den folgenden Abschnitten zunächst der vindikatorische Anspruch und zwar unter

II. die Haftpflicht des Besitzers in den verschiedenen Fällen, unter

III. die Haftpflicht des Eigentümers bezüglich der Verwendungen, unter

IV. die Einreden des Besitzers und sodann unter

V. der negatorische Anspruch besprochen werden. Eine Schlußbetrachtung wird unter

VI. das Ergebnis der Arbeit kurz darlegen, insbesondere den Unterschied beider Ansprüche in Zweck und Ziel derselben hervorheben.

Die Darstellung des Nachbarrechts und des Grenzrechts scheidet hier zunächst aus.

II.

Der Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache.

Der Anspruch richtet sich gegen den Besitzer der in Anspruch genommenen Sache. Anspruchsverpflichtet ist zunächst der unmittelbare Besitzer, der, wenn er für einen mittelbaren Besitzer besitzt und im Wege der Klage in Anspruch genommen wird, dem mittelbaren Besitzer den Streit verkünden und den Streit auf diesen, falls derselbe beitritt, abwälzen kann (C.P.O. § 76).

Der mittelbare Besitzer ist auch selbständig anspruchsverpflichtet[2]), seine Verpflichtung begrenzt sich, solange er die unmittelbare that-

[1]) Gewöhnlich wird auch die den sozialen Bedürfnissen gerecht werdende Bestimmung des § 906 B.G.B. zu dem Nachbarrecht gestellt (s. Dernburg, Sachenrecht III § 79; Endemann, Lehrbuch V § 72) jedoch mit Unrecht. Diese Bestimmung ist allgemeiner Natur. Vermöge der falschen systematischen Gruppierung kommt man zu falschen Ergebnissen.

[2]) So mit Recht Gierke in den Verh. des 24. deutsch. Juristentages Bd. 3 S. 29 ff., Fahrnisbesitz S. 52 ff. — A. A. Wendt, Archiv f. ziv. Pr. Bd. 27

Digitized by Google

sächliche Gewalt nicht wieder erlangt hat, auf die Herausgabe dessen, was er von der Sache hat, also auf die Übertragung (Abtretung) des mittelbaren Besitzes (B.G.B. § 870), oder, falls der Besitzer zur Herausgabe mit Zustimmung des mittelbaren Besitzers bereit ist, auf die Abgabe solcher Einwilligungserklärung.

Wenn mehrere die in Anspruch genommene Sache zusammen, d. h. räumlich ungeteilt, sei es mittelbar, indem sie dieselbe z. B. als vermeintliche Miteigentümer in Verwahrung gegeben, vermietet haben, oder unmittelbar besitzen, indem sie dieselbe z. B. gemeinschaftlich unter Verschluß haben oder mitsammen benutzen oder gebrauchen, so sind sie sowohl zusammen als auch jeder für sich verpflichtet. In letzterem Falle haftet jeder Mitbesitzer auf Einräumung resp. Übertragung des Mitbesitzes an den Anspruchsberechtigten.

Ist der Besitzer im Grundbuche als Eigentümer eingetragen, obgleich er nicht Eigentümer ist, so kann der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (s. o. S. 417) mit dem Anspruche auf Herausgabe verbunden werden.

In seiner Richtung gegen den (unmittelbaren) Besitzer geht der Anspruch auf Herausgabe der Sache wie sie ist und wo sie sich zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs befindet.[1]) Der Anspruch ist ein dinglicher, er dient dem Eigentümer zur Verfolgung seines Eigentums, in dem Anspruche auf Herausgabe wird über die Eigentumsfrage im eminenten Sinne entschieden,[2]) dem

S. 68 ff. und Verh. des deutsch. Juristentags a. a. O. S. 3 ff. — Der Besitzdiener (B.G.B. § 855) ist nicht Besitzer, also auch nicht anspruchsverpflichtet.

[1]) B.G.B. § 985. Die im Besitze des Verpflichteten befindlichen Zubehörstücke können nicht als Nebenleistungen beansprucht werden, sie unterliegen einer selbständigen Herausgabepflicht. Dagegen erstreckt sich die Herausgabepflicht auf die noch nicht getrennten Früchte. Ist aber die herauszugebende Sache ein landwirtschaftliches Grundstück, so hat der Eigentümer dem Besitzer die Bestellungskosten unter bestimmten Voraussetzungen zu erstatten (B.G.B. § 998 und unten S. 442).

[2]) Andere Auffassung bei Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 30 ff. dem der vindikatorische Anspruch „weder ganz noch teilweise mit dem Eigentume identisch noch ein Bestandteil desselben ist". Nach H. stellen die dinglichen Ansprüche gerade so wie alle Ansprüche (im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches) eine Verbindlichkeit dar, auf welche, wenn sie entstanden ist, im Zweifel die allgemeinen Grundsätze des Rechts der Schuldverhältnisse ebenso Anwendung finden, wie die aus irgend welchen anderen Gründen entstandenen Forderungen auf eine vermögenswerte Leistung (B.G.B. § 241). Die dinglichen Ansprüche auf positive Leistung seien sekundäre Folgeerscheinungen, Forderungen, welche durch bestimmte Thatsachen entstehen und als Verpflichtung einer bestimmten Person neben das seinem Inhalte nach ganz andersartige dingliche Recht treten. Die

Digitized by Google

Besitzer wird dieser Streit aufgenötigt, er ist der allein passiv Legitimierte. Verliert er den Besitz vor der Rechtshängigkeit oder gibt er ihn auf, so ist er frei von dem Anspruche auf Herausgabe der Sache (B.G.B. § 993 Abs. 1 a. E.).

Der Eigentümer hat neben dem Anspruche auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer Ansprüche auf Herausgabe der von demselben gezogenen Nutzungen. In dieser Beziehung gilt als Regel, daß der Besitzer die bis zur Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Herausgabe der Sache im ordnungsmäßigen Wirtschaftsbetriebe gezogenen Nutzungen behält (B.G.B. § 993 Abs. 1 a. E.). Ausgenommen ist allein der Fall, wenn der Besitzer als Eigenbesitzer oder als vermeintlicher Nutzungsbesitzer den Besitz unentgeltlich erlangt hat. In diesem Falle hat er auch solche bis zur Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herauszugeben, es sei denn, daß er durch die Ziehung nicht mehr bereichert ist (B.G.B. § 988).

Hat ein Besitzer bis zur Rechtshängigkeit Früchte, soweit solche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung nicht

---

Selbständigkeit des Eigentumsanspruchs zeige sich greifbar in der selbständigen, das Eigentum selbst unberührt lassenden Entwicklung, welche der Anspruch haben kann. Die Disposition über den Eigentumsanspruch erfolge nach den Regeln über die Zession (B.G.B. §§ 398 ff.). Seine Abtretung könne — bei Mobilien — ein Stück des Thatbestandes des Eigentumsübertragungsgeschäftes sein (§ 931), ebenso aber auch zu anderen Zwecken benutzt werden, z. B. um dem Gläubiger den Pfandbesitz (§ 1205 II verbd. mit § 870) zu verschaffen, oder um dem Mieter die Möglichkeit zu geben, sich die Mietsache aus dritter Hand zu verschaffen. So richtig diese Bemerkung ist, so wenig ist sie geeignet, die bezeichnete Frage prinzipiell und für alle Fälle zu entscheiden. Für bewegliche Sachen mag das zutreffen, freilich nicht schon nach den allgemeinen Lehren der Zession, als nach der besonderen Bestimmung des § 986 Abs. 2 (s. unten IV). Hat also der Eigentümer einer beweglichen Sache den Anspruch auf Herausgabe an den Mieter abgetreten und darauf das Eigentum durch Abtretung desselben Anspruchs an einen Dritten übertragen, so wird der zweiten Abtretung Wirksamkeit bezüglich des Anspruchs auf Herausgabe durch die dem Besitzer eingeräumte Einrede genommen. Daß dies bei Liegenschaften nicht zutrifft, wenn der Eigentümer nach Abtretung des Anspruchs an den Mieter das Eigentum durch Auflassung überträgt, ist sicher. Wo bleibt dann hier die Selbständigkeit des Eigentumsanspruches? In der Auffassung von H., daß die dinglichen Ansprüche nicht dem dinglichen Rechte, sondern einer Leistungspflicht des Besitzers ihr Dasein verdanken, wird die wahre Sachlage auf den Kopf gestellt. Die Leistungspflicht, soweit man hier von einer solchen sprechen kann, besteht kraft des dinglichen Rechts, sie ist Folge des Rechts. Umgekehrt verdankt der persönliche Anspruch sein Dasein der durch das Schuldverhältnis regulierten Leistungspflicht eines bestimmten Schuldners.

Digitized by Google

als Ertrag der Sache anzusehen sind, gezogen, so hat er diese in jedem Falle nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben (§ 993 Abs. 1).

Auch der Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen ist ein dinglicher, er steht und fällt mit dem Eigentum an der Sache,[1]) unterscheidet sich aber von dem Anspruche auf Herausgabe der Sache dadurch, daß der Besitzer nicht bloß als Besitzer, sondern persönlich und unabhängig von der Fortdauer des Besitzes haftet. Grund des Anspruchs ist auch hier das Eigentum an der Sache,[2]) aus welcher die Nutzungen gezogen sind, seine passive Voraussetzung ist, positiv, daß der Verpflichtete als unentgeltlicher Besitzer Nutzungen oder sonst außergewöhnliche Früchte gezogen hat, negativ, daß die durch die Ziehung erlangte Bereicherung nicht fortgefallen ist. Die Bereicherung begrenzt den Anspruch, erzeugt ihn nicht.[3])

Auch soweit der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen gerichtet ist, geht er sowohl gegen den unmittelbaren wie gegen den mittelbaren Besitzer, er ist durchaus selbständiger Natur und nicht etwa nur als Nebenanspruch mit dem Anspruche auf Herausgabe der Sache zu verfolgen.

Dem Anspruche auf Herausgabe von Nutzungen steht, falls zu diesen Nutzungen Früchte gehören, der Gegenanspruch des Besitzers auf Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung verwendeten Kosten gegenüber. Dieser Gegenanspruch beschränkt sich jedoch auf den Wert der gezogenen Früchte (B.G.B. § 102).

Im Streitfalle hat der Anspruchsberechtigte — also der Eigentümer — den Umfang der herauszugebenden vom Anspruchsverpflichteten während dessen Besitzzeit gezogenen Nutzungen zu beweisen. Da es sich hier um die Verpflichtung der Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen handelt, so hat der Verpflichtete dem

---

[1]) Hat also der Eigentümer das Eigentum aufgegeben oder sonst verloren, so kann er auch den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nicht mehr verfolgen. Der Anspruch ist mit dem Eigentume auf den neuen Erwerber übergegangen oder verloren.

[2]) Ist die Sache ein Grundstück, so ist der Anspruch im dinglichen Gerichtsstande zu verfolgen (C.P.O. § 24). Für die Übergangszeit kommt Art. 181, nicht Art. 170 E.G. z. B.G.B. zur Anwendung.

[3]) Daher ist es auch gleichgültig, ob der Verpflichtete durch die Ziehung der Nutzungen aus dem Vermögen des Anspruchsberechtigten bereichert ist. Die Gewinnung der Früchte kann dem Eigentumserwerb des Berechtigten vorangehen.

Digitized by Google

Eigentümer ein Verzeichnis über den Bestand der Nutzungen vorzulegen und event. den Offenbarungseid abzuleisten (B.G.B. § 260). Ist der Verpflichtete zur Herausgabe nicht im stande, so hat er den vom Berechtigten zu beweisenden Wert zu ersetzen (B.G.B. § 818 Abs. 2). Sache des Verpflichteten ist es nachzuweisen, daß er durch die Ziehung der Nutzungen nicht mehr bereichert ist (B.G.B. § 818 Abs. 3).

Leitet der Besitzer sein Recht zum Besitzer von einem dritten Nichteigentümer, den er für den Eigentümer hält, ab, so legt ihm das Gesetz gegenüber dem wirklichen Eigentümer dieselbe persönliche Verantwortlichkeit bezüglich der Sache auf, die er gegenüber seinem Rechtsurheber hat, und zwar schon von dem Zeitpunkte des Besitzerwerbs an, wenn infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem sonstigen Grunde nicht herausgegeben werden kann. Das Maß der Verschuldung, für welche er dem Eigentümer haftet, bestimmt sich nach dem Maße, in welchem er seinem Rechtsurheber haftet (B.G.B. §§ 991 Abs. 2, 989). Das Gesetz geht dabei von der Erwägung aus, daß, wenn auch der Besitzer in diesem Falle glaubt und glauben darf, daß er zum Besitze berechtigt sei, ein Fall also, in welchem er nicht im guten Glauben ist, nicht vorliegt, doch immerhin Fremdbesitz vorliegt, mithin der Besitzer für die Erhaltung der Sache nicht nur seinem Besitzurheber sondern auch dem wirklichen Eigentümer gegenüber verantwortlich zu machen ist.

Der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache und der Nutzungen erweitert sich vom Augenblicke der Rechtshängigkeit an, er gestaltet sich besonders in den Fällen, wo der Besitzer nicht im guten Glauben ist, und wieder anders in dem Falle, wenn der Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung erlangt ist.

Alle drei Fälle sollen jetzt besprochen werden.

1. Ist der Besitzer der Sache auf Herausgabe derselben verklagt, so erweitert sich die Haftung desselben vom Augenblicke der Rechtshängigkeit in folgender Weise.

a) Zunächst erstreckt sich der dingliche Anspruch auf Herausgabe der Sache auch auf die Herausgabe der seit der Rechtshängigkeit vom Prozeßbesitzer gezogenen Nutzungen, gleichgültig, ob der Besitzer durch solche Ziehung zur Zeit der Verurteilung noch bereichert ist oder nicht.

Digitized by Google

b) Daneben legt das Gesetz dem Besitzer eine persönliche Verantwortlichkeit wegen der Sache und deren wirtschaftlicher Nutzung (fructus percipiendi) auf. Der Besitzer muß mit der Möglichkeit, daß der Kläger mit seinem Anspruche auf Herausgabe der Sache durchdringt, rechnen. Für diesen Fall hat der Beklagte eine fremde Sache in Besitz und Nutzung gehabt, er steht einem Verwalter fremden Vermögens gleich, ihm wird deshalb die persönliche Verpflichtung zur Sorgfalt hinsichtlich der Sache und deren Nutzung auferlegt.

Tritt also nach der Rechtshängigkeit der Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache ein, wird die Sache verschlechtert, [1]) oder zieht der Besitzer Nutzungen, die er bei ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung ziehen kann, nicht, und trifft dem Besitzer in solchen Beziehungen ein Verschulden, so ist er dem Eigentümer ersatzpflichtig. Soweit es sich um vernachlässigte Nutzungen handelt, hat er nur den Geldwert derjenigen Nutzungen, welche er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gezogen haben würde, zu ersetzen, [2]) soweit es sich um Herausgabe der Sache handelt, den ganzen dem Eigentümer durch Vernachlässigung solcher Sorgfalt erwachsenen Schaden nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften zu erstatten (B.G.B. § 989 und §§ 249—255).

Von einem Verzuge kann auch im vorliegenden Falle nicht die Rede sein; denn der Besitzer ist auch nach der Rechtshängigkeit nicht zu einer sofortigen Leistung persönlich verpflichtet, sondern nur verpflichtet, bis zur endgültigen Entscheidung sich die Möglichkeit der dereinstigen unversehrten Herausgabe zu bewahren.

Die Erweiterung der Haftpflicht sowie die persönliche Verantwortlichkeit treten in der Person des Prozeßbesitzers, mag dieser unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer sein, ein, jeder Besitzer haftet nach Maßgabe des Zeitpunktes der gegen ihn eingetretenen

---

[1]) Was von der Sache gilt, muß auch von gezogenen in natura herauszugebenden Früchten gelten. Der erste Entwurf sprach das im § 933 positiv aus. Im Gesetze ist diese Bestimmung verschwunden. Der Grund dafür ist aus den Protokollen der zweiten Lesung nicht ersichtlich. — Planck, Kommentar zu § 987 unter 3a Abs. 2 wendet auf diesen Fall die Vorschrift der §§ 280, 283 aus dem Rechte der Schuldverhältnisse an; aber damit wird die Frage, welche Umstände der Besitzer zu vertreten hat, nicht beantwortet. Die Anwendung würde auch dann nur zulässig sein, wenn man eine persönliche Leistungspflicht des Besitzers annehmen dürfte, was doch nicht zutrifft.

[2]) B.G.B. § 987 Abs. 2.

Digitized by Google

Rechtshängigkeit bezw. nach Maßgabe seines Verschuldens selbständig.

Die Ansprüche auf Herausgabe der Nutzungen sowie auf Ersatz sind in dem anhängigen Rechtsstreite wegen Herausgabe der Sache geltend zu machen. Ist der Anspruch auf Herausgabe der Sache erledigt, indem z. B. die Sache zufällig ohne Verschulden des Besitzers während schwebenden Rechtsstreits untergeht, so ist nur noch über den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen zu entscheiden.

Die Haftung des Besitzers auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen beschränkt sich auch in diesem Falle hinsichtlich der zu den Nutzungen gehörenden Früchte auf den Reinertrag der Früchte. Solcher Verpflichtung des Besitzers steht auch in diesem Falle die Pflicht des Eigentümers gegenüber, die auf Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insoweit zu ersetzen, als sie einer ordentlichen Wirtschaftsführung entsprechen und den Wert der herauszugebenden Früchte nicht übersteigen (B.G.B. § 102).

Im Streitfalle hat der Berechtigte, wenn es sich um die Herausgabe der gezogenen Nutzungen handelt, deren Umfang und Wert zu beweisen, wobei ihm die dem Verpflichteten obliegende Offenbarungspflicht (B.G.B. § 266) zum Nutzen gereicht.

Bei der Verfolgung der persönlichen Haftung des Besitzers wegen der Sache und der Naturalfrüchte trifft den Eigentümer die Beweislast nicht nur hinsichtlich des Umfangs seines Anspruchs, sondern auch hinsichtlich des Verschuldens des Besitzers.[1])

2. Die unter 1 dargestellten Grundsätze über die Erweiterung des dinglichen Anspruchs und über die persönliche Verantwortlichkeit gelten dann, wenn der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben ist,[2]) von dem Zeitpunkte des Erwerbs an,

---

[1]) Darin offenbart sich der Unterschied in der Verfolgung des dinglichen Anspruchs auf Herausgabe und eines persönlichen Forderungsrechts auf Leistung. Im letzteren Falle haftet der Schuldner auf Leistung, bis der Gläubiger befriedigt ist oder der Schuldner nachweisen kann, daß ihm die Leistung infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden ist.

[2]) Der Besitzer ist beim Erwerbe nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist; denn in solcher Weise ist die für den Fall der Übertragung des Eigentums gegebene Legaldefinition (B.G.B. § 932 Abs. 2) auf den vorliegenden Fall anzuwenden, wie sich dies aus der Wortfassung des § 990 ergibt (s. auch Planck, Kommentar zu § 990 Anm. 2 a β). Daraus ergeben sich folgende Sätze: Erwirbt der Besitzer als Eigenbesitzer, so muß

Digitized by Google

und wenn er später erfährt, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, von der Kenntnis ab.[1]) Damit ist aber die Haftung des nicht gutgläubigen Besitzers nicht erschöpft. Wer weiß oder nach Vorschrift des Gesetzes wissen muß, daß er nicht zum Besitze berechtigt ist, der darf den Besitz nicht behalten, ihm legt das Gesetz weiter die persönliche Verpflichtung auf, dem Eigentümer die Sache mit den Nutzungen herauszugeben, er haftet für schuldvolle Verzögerung in der Erfüllung dieser Pflicht wie ein Schuldner aus einem persönlichen Schuldverhältnisse, ist er also im Verzuge, so hat er dem Eigentümer, den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen, er hat während des Verzuges jede Fahrlässigkeit zu vertreten, er ist für die während des Verzuges eintretende Unmöglichkeit verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.[2])

In diesem Umfange ist jeder Besitzer, der nicht in gutem Glauben ist, dem Eigentümer verpflichtet. Hat der Besitz gewechselt,

---

ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sein, daß er durch die Erwerbshandlung Eigentümer nicht geworden ist. Erwirbt er als Fremdbesitzer und zwar unmittelbar als Finder, so ist er nicht im guten Glauben; denn mag er auch dem Eigentümer gegenüber zur Verwahrung verpflichtet sein (B.G.B. § 966 Abs. 1), so ist er doch nicht berechtigt, dem Eigentümer den Besitz vorzuenthalten, diesem gegenüber selbst zu besitzen. Erwirbt er unmittelbar vom Eigentümer, der ihm gegenüber mittelbarer Besitzer bleibt, so ist er zum Besitze berechtigt, es sei denn, daß ein wesentlicher Mangel in dem Erwerbsgeschäft (z. B. in der Verfügungsmacht, in der Geschäftsfähigkeit, in der Willenserklärung) vorliegt und dieser dem Besitzer bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist. Erwirbt der Besitzer von einem Dritten, der im Verhältnisse zu ihm mittelbarer Besitzer bleibt, so kommt es darauf an, ob das Erwerbsgeschäft dem Eigentümer gegenüber wirksam ist; dann ist er auch dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt. Im entgegengesetzten Falle ist er nicht im guten Glauben, wenn ihm der Mangel solcher Wirksamkeit bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

[1]) B.G.B. § 990 Abs. 1. Ist der Besitzer beim Erwerb im guten Glauben, d. h. liegen die Voraussetzungen, aus welchen zu folgern ist, daß er nicht im guten Glauben ist, in seiner Person nicht vor, so treffen ihn die erwähnten Folgen später nur, wenn er positiv, thatsächlich erfährt, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist. Ob er durch Erhebung der Eigentumsklage solche Kenntnis erlangt, läßt sich im allgemeinen nicht, sondern nur nach Lage des Falles entscheiden.

[2]) B.G.B. § 990 Abs. 2 und §§ 284—290. Erfährt der Besitzer durch die Erhebung der Eigentumsklage, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so kommt er auch sofort in Verzug, B.G.B. § 284 Abs. 1.

Digitized by Google

so haftet jeder nach Maßgabe seines Verschuldens für die Zeit seines Besitzes in vollem Umfange, ebenso auch auf Herausgabe der von ihm gezogenen Nutzungen. Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem Dritten (Nichteigentümer) ab, so daß auch dieser neben ihm mittelbarer Besitzer ist, so ist die Frage, ob guter oder böser Glaube vorliegt, aus der Person eines jeden Besitzers selbständig zu beantworten. Ist in diesem Falle der mittelbare Besitzer gutgläubig, der Besitzer aber bösgläubig, so würde die Stellung des ersteren bezüglich der ihm bis zur Rechtshängigkeit gebührenden Nutzungen gefährdet sein, wenn der Eigentümer in solchem Falle von dem Besitzer die Herausgabe der Nutzungen, und Ersatz für versäumte Nutzungen begehren könnte, da dann der Besitzer auf Grund des zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses seinen Regreß an diesen nehmen würde. Das Gesetz beschränkt deshalb in diesem Falle den Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Nutzungen und Ersatz für versäumte Nutzungen auf den Fall, daß der Anspruch auf Herausgabe der Sache auch gegen den mittelbaren Besitzer rechtshängig geworden ist und nur auf die Zeit nach dieser Rechtshängigkeit (B.G.B. § 991 Abs. 1).

Im Streitfalle hat hier der Anspruchsberechtigte zu beweisen, daß der Verpflichtete beim Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben war, oder daß und zu welchem späteren Zeitpunkte der Besitzer erfahren hat, daß er zum Besitze nicht berechtigt war.

Im übrigen muß man unterscheiden: Soweit es sich um die Verfolgung des dinglichen Anspruchs auf Herausgabe der Sache und der Nutzungen sowie um die Haftung für Verschulden handelt, gelten die oben für den Fall unter 1 dargestellten Grundsätze.[1]) Soweit es sich um einen aus dem Verzuge des Besitzers hergeleiteten Schadensersatzanspruch handelt, muß der Anspruchsberechtigte nachweisen, daß der Besitzer sich im Verzuge befindet. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß Verzug nur anzunehmen ist, wenn die Mahnung durch den legitimierten Anspruchsberechtigten erfolgt, der Mahnende also dem Besitzer sein Eigentum an der Sache nachweist. Ist der Besitzer im Verzuge, so reguliert sich seine Haftung nach den für ein persönliches Schuldverhältnis geltenden Regeln. Das gilt auch für die Beweislast.

[1]) Denn auch in diesem Falle besteht eine persönliche Leistungspflicht gegenüber dem Eigentümer erst, wenn dieser unter Nachweis seines Eigentums den Schuldner in Verzug gesetzt hat.

Digitized by Google

3. Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung (Diebstahl, Betrug, Erpressung) den Besitz verschafft, so bestimmt sich die Haftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer von der Zeit des Besitzerwerbs an, nach den Vorschriften über die Schadensersatzverbindlichkeit aus unerlaubten Handlungen.

Voraussetzung dieser Haftung ist, daß der Besitzer sich den Besitz auf die angegebene Weise verschafft hat,[1]) gleichgültig ist, ob solche unerlaubte Handlung sich gerade gegen die Person des jetzigen Eigentümers oder des Eigentümers überhaupt gerichtet hat, auch wer dem Finder, dem Besitzer die Sache wegnimmt und sich dadurch des Diebstahls oder der verbotenen Eigenmacht schuldig macht, haftet dem Eigentümer in der bezeichneten Weise.

Für den Umfang der Haftung gelten neben den allgemeinen Vorschriften über die Schadensersatzverbindlichkeit (B.G.B. §§ 249 ff.), die besonderen Bestimmungen über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (B.G.B. §§ 848 f.). Es hat also der Verpflichtete dem Eigentümer den ihm durch seine Handlung entstandenen positiven Schaden und den entgangenen Gewinn zu ersetzen, insbesondere haftet er auf Ersatz der zur Wiedererlangung der Sache gemachten Aufwendungen, für zufälligen Untergang und Verschlechterung der Sache, es sei denn, daß der Untergang oder die Verschlechterung auch ohne solche verbotene Handlung eingetreten sein würde.

Im Streitfalle hat der Anspruchsberechtigte zu beweisen, daß der Verpflichtete sich den Besitz in der bezeichneten Weise verschafft hat; über den Beweis der Existenz und des Umfanges des Schadens gelten die allgemeinen Vorschriften.

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, daß das Gesetz die Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer, soweit es sich um den Anspruch auf Herausgabe der Sache, der Nutzungen und um den Anspruch auf Schadensersatz wegen Vor-

[1]) In der Besitzerwerbshandlung muß das Unrecht liegen. Der Finder, der die Sache später unterschlägt, indem er sie verheimlicht, den Besitz ableugnet, haftet nur nach Maßgabe der oben unter 2 angegebenen Grundsätze, also für den Fall der durch sein Verschulden eingetretenen Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache selbst oder in unversehrtem Zustande, während der Dieb dem Eigentümer allen durch die Entbehrung des Besitzes entstandenen Schaden zu ersetzen hat und auch haftet, wenn ihm solche Herausgabe durch zufälliges Ereignis unmöglich geworden ist (B.G.B. § 848).

Digitized by Google

enthaltung des Besitzes, wegen Entäußerung desselben, wegen Verschlechterung oder Zerstörung der Sache handelt, erschöpfend regelt. Das ergibt sich insbesondere aus der Fassung des § 993 B.G.B. Daraus folgt also, daß der Besitzer dem Eigentümer wegen einer bezüglich der Sache vorgenommenen unerlaubten Handlung (z. B. Unterschlagung, Sachbeschädigung) nur nach Maßgabe der hier darzustellenden Rechtsnormen, nicht nach Vorschrift der für solche Handlungen bestimmten Rechtsnormen (B.G.B. §§ 823 ff.) haftet. Unberührt bleibt dagegen die Bestimmung des § 816 B.G.B. über die Herausgabe einer durch eine Verfügung des Nichtberechtigten über einen Gegenstand erlangten ungerechtfertigten Bereicherung; denn diese Bestimmung besteht unabhängig von den über die Beziehungen des Eigentümers zum Besitzer geltenden Rechtsnormen.

III.

Gegenansprüche des Besitzers wegen Verwendungen.

Sind seitens des Besitzers der Sache Verwendungen auf dieselbe gemacht, d. h. Geschäfte vorgenommen, welche dem Eigentümer der Sache in wirtschaftlicher Beziehung zu gute kommen, indem sie entweder den Wert der Sache erhöhen oder doch durch Abwendung einer sonst eintretenden Wertminderung erhalten, so ist der Eigentümer durch solche Geschäftsführung bereichert, indem er nach der Herausgabe der Sache die aus jener Geschäftsführung fließenden Vorteile genießt, ohne selbst zur Erzielung derselben Aufwendungen gemacht zu haben. Das Recht sucht deshalb nach einem Ausgleiche dieses wirtschaftlichen Vorteils und Nachteils. Diese Ausgleichungspflicht zwischen Besitzer und Eigentümer wird vor dem Gesetze nicht nach den allgemeinen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, auch nicht nach den besonderen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern selbständig geregelt,[1]) so daß jene Bestimmungen auf dieses Verhältnis nur insoweit Anwendung finden, als das Gesetz an dieser Stelle darauf verweist.

---

[1]) B.G.B. §§ 994—1003. Besteht zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer ein besonderes Rechtsverhältnis, z. B. Nießbrauch, Auftrag, welches für olche Ausgleichungspflicht besondere Grundsätze aufstellt, so finden selbstverständlich diese besonderen Grundsätze Anwendung.

Digitized by Google

Stirbt der Besitzer, so geht mit dem Besitze das Recht auf Ausgleichung auf den Erben über. Ebenso verhält es sich, wenn der Besitzer die Sache an einen anderen veräußert und der Besitz durch dieses Geschäft auf den Erwerber übergeht, der Erwerber jedoch nicht Eigentümer wird. Auch in diesem Falle geht das Recht auf Ausgleichung mit dem Besitze auf den Rechtsnachfolger über, es sei denn, daß ein bereits entstandener Anspruch auf Ausgleichung nach dem Inhalte des Veräußerungsgeschäftes nicht übergehen soll (B.G.B. § 999 Abs. 1).[1])

Der Anspruch auf Ausgleichung steht sowohl dem unmittelbaren wie dem mittelbaren Besitzer zu. Räumt der Besitzer einem anderen den Besitz in der Weise ein, daß er mittelbaren Besitz behält, so geht ein bereits entstandener Anspruch auf Ausgleichung auch dann nicht auf den anderen über, wenn dieser z. B. infolge der Einräumung eines Nießbrauchrechts als Rechtsnachfolger des Bestellers anzusehen ist; denn der Einräumende ist im Verhältnis zu dem Erwerber nicht Vorbesitzer, sondern er ist neben ihm auch Besitzer.

Die Ausgleichungspflicht trifft den Eigentümer nicht nur bezüglich derjenigen Verwendungen, welche der Besitzer seit der Zeit, zu welcher jener das Eigentum erwarb, gemacht hat, sondern auch bezüglich der vor dieser Zeit von ihm und seinem Vorbesitzer gemachten Verwendungen (B.G.B. § 999 Abs. 2, Ausnahme s. Zwangsverst.Ges. § 93 Abs. 2).

Für den Umfang der Ausgleichungspflicht ist neben der Stellung des Besitzers auch die Art der Verwendung maßgebend. In letzterer Beziehung muß man zwischen notwendigen und anderen Verwendungen unterscheiden.

Notwendig ist jede Aufwendung, welche erforderlich war, um die Sache in unversehrtem Zustande zu erhalten. Im Sinne des Gesetzes sind notwendig auch die zur Bestreitung von Lasten der Sache gemachten Aufwendungen (B.G.B. § 995).[2])

---

[1]) Veräußert der Besitzer, ohne daß er mittelbaren Besitz behält, so erlischt der etwa vorbehaltene Anspruch auf Ausgleichung, es sei denn, daß sich der Eigentümer dem Besitzer persönlich zur Ausgleichung verpflichtet hatte; denn abgesehen hiervon ist der Anspruch an den Besitz in der Weise geknüpft, daß er mit dem Besitze untergeht.

[2]) Gleichgültig, ob die Last privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Art ist. Zu der ersteren gehören die Hypotheken und Grundschulden, Überbau- und Notwegsrenten, Reallasten, zu der letzteren die Grundsteuern, Kirchenbau-, Wegebau-,

Digitized by Google

Trägt die Sache Nutzungen, so ist zu unterscheiden, ob die Aufwendung zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten zu zählen, zur Deckung der gewöhnlichen und meistens regelmäßig wiederkehrenden Lasten bestimmt ist. Solche Aufwendungen — als z. B. gewöhnliche Reparaturkosten, Grundschuld- und Hypothekenzinsen, Renten, Reallasten, Gebäudeversicherungsprämie, Wegebesserung und dgl. — pflegt auch der Eigentümer aus den Nutzungen zu bestreiten. Für die Zeit, für welche dem Besitzer nach Maßgabe der im vorigen Paragraphen dargestellten Grundsätze die Nutzungen verbleiben, entfällt sein Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen, mag er nun Nutzungen gezogen oder die Ziehung vernachlässigt haben (B.G.B. § 994 Satz 2, 995 Satz 2).

Ist die Aufwendung jedoch außerordentlicher Art, z. B. Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes, Erneuerung des lebenden Inventars wegen tödlicher Viehseuche, Bezahlung von Grund- und Hypothekenschulden, Ablösung von Reallasten, Anlegung neuer Wege und Chausseen, außerordentliche Kriegslasten, so daß man die Last, welche durch die Aufwendung gedeckt ist, als auf dem Stammwert der Sache ruhend anzusehen hat, so tritt die Ausgleichungspflicht im vollen Umfange und ohne Rücksicht auf die Nutzungen ein (B.G.B. § 994 Abs. 1, § 995).

Die Ausgleichungspflicht bezüglich der notwendigen Verwendungen gestaltet sich im übrigen verschieden nach der Stellung des Besitzers. Schlechthin und ohne weitere Beschränkung besteht sie nur bis zur Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Herausgabe der Sache. Von der Zeit der Rechtshängigkeit an verändert sich die Ausgleichungspflicht. Da der Besitzer von diesem Augenblicke an mit der Möglichkeit der Verwirklichung der Herausgabepflicht zu rechnen hat, so hat er sich gewissermaßen als Verwalter eines fremden Vermögens zu betrachten, er hat den Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen nur nach Maßgabe der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, also nur dann, wenn die Aufwendung dem (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Eigentümers nicht widerspricht, es sei denn daß sie zur rechtzeitigen Erfüllung einer dem Eigentümer obliegenden öffentlichen Last erforderlich war, oder daß die Aufwendung nachträglich vom Eigentümer genehmigt ist. Liegt weder das eine noch das

Deichbaulasten, Zehnten, Einquartierungslast, falls sie den Eigentümer als solchen trifft, und dergl.

Digitized by Google

andere vor, so haftet der Eigentümer nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

In derselben Weise beschränkt sich die Ausgleichungspflicht des Eigentümers schon vor der Rechtshängigkeit, wenn der Besitzer nicht in gutem Glauben ist.

Im Streitfalle hat der Besitzer die Vornahme der Verwendung nach Zeit und Art, insbesondere die Notwendigkeit der Vornahme zu beweisen und den Wert der zur Ausführung erforderlich gewesenen Aufwendung.

Ist die Aufwendung nach der Rechtshängigkeit gemacht oder beweist der Eigentümer, daß der Besitzer zur Zeit der Vornahme nicht im guten Glauben war, so hat der Besitzer zu beweisen *entweder*, daß die Aufwendung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprach oder von demselben nachträglich genehmigt ist, *oder* daß sie zur rechtzeitigen Erfüllung einer dem Eigentümer obliegenden öffentlichen Last dient. Liegt weder das eine noch das andere vor, so hat der Besitzer zu beweisen, was der Eigentümer durch die Aufwendung erlangt hat, wogegen der Eigentümer zu beweisen hat, daß er durch das Erlangte nicht mehr bereichert ist.

Auf *andere als notwendige Verwendungen*, mögen sie dem Eigentümer zum Nutzen gereichen oder nur der Person des Besitzers zu gute kommen, ihm zur Annehmlichkeit gereichen, erstreckt sich die Ausgleichungspflicht niemals bei dem Besitzer, der zur Zeit der Aufwendung nicht im guten Glauben ist, und auch sonst nur, wenn die Aufwendung vor der Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Herausgabe der Sache gemacht ist. Die Ausgleichungspflicht ist jedoch in diesem Falle eine beschränkte, sie wird begrenzt durch den Betrag, um den die herauszugebende Sache zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt, in ihrem Werte noch erhöht ist. Übersteigt dieser Wert den Betrag der Aufwendung, so ist Gegenstand der Ausgleichungspflicht nicht dieser Wert, sondern der Betrag der Aufwendung (B.G.B. § 996).

Im Streitfalle hat der Besitzer zu beweisen, welche Aufwendung er gemacht hat, daß er sie vor der Rechtshängigkeit gemacht hat, und daß der Wert der Sache zu der maßgebenden Zeit um den beanspruchten Betrag der Aufwendung erhöht war, während dem Eigentümer im Behauptungsfalle der Beweis obliegt, daß der Besitzer zur Zeit der Aufwendung nicht im guten Glauben war.

Hat der Besitzer mit der herauszugebenden Sache eine andere Sache in der Weise verbunden, daß die verbundene Sache wesent-

Digitized by Google

licher Bestandteil der herauszugebenden Sache geworden ist, (B.G.B. §§ 93—95), so hat der Besitzer, falls in der Verbindung einen der Ausgleichungspflicht unterliegende Verwendung liegt, den Ersatzanspruch nach Maßgabe der soeben dargestellten Grundsätze.

Daneben steht ihm sowohl in diesem wie in jedem anderen Falle solcher Verbindung, also auch dann, wenn nach Art der Verbindung oder wegen des bösen Glaubens des Besitzers eine Ausgleichungspflicht nicht besteht, die Befugnis zu, die verbundene Sache abzutrennen und sich anzueignen.[1]) Im ersteren Falle hat er die Wahl zwischen der Ausübung des Ersatzanspruchs und des Trennungsrechts, in allen anderen Fällen hat er nur die letztere Befugnis. Das Trennungsrecht ist ausgeschlossen (B.G.B. § 997 Abs. 2)

1. wenn die Verbindung als eine zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehörende Aufwendung erscheint und zu einer Zeit gemacht ist, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben (s. B.G.B. § 994 Abs. 1 Satz 2);

2. wenn die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat, da sie dann als eine nach § 226 B.G.B. unzulässige Schikane zu betrachten wäre,

3. wenn der Eigentümer den Wert, den der abzutrennende Gegenstand nach der Abtrennung für den Besitzer haben würde, ersetzt.

Der Ersatzanspruch und das Abtrennungsrecht wesentlicher Bestandteile sind die allgemeinen Mittel, durch welche die Ausgleichung zwischen dem Besitzer und Eigentümer wegen der vom Besitzer auf die herauszugebende Sache gemachten Aufwendungen hergestellt wird.

Für den besonderen Fall, daß die herauszu-

---

[1]) B.G.B. § 997 Abs. 1. Ist die Verbindung keine wesentliche, d. h. läßt sich die verbundene Sache trennen, ohne daß die Hauptsache oder die verbundene Sache zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird (B.G.B. § 93), so versteht sich das Trennungs- und Wegnahmerecht von selber, da durch solche Verbindung die vor der Verbindung bestehenden Eigentumsrechte nicht berührt werden. Auf die Ausübung des Trennungsrechts findet in allen Fällen die Vorschrift des § 258 B.G.B. Anwendung.

Zu solchen wesentlichen Verbindungen gehören insbesondere auch die Anlegung einer Drainage, die Anlegung von Wasserleitungen, von Gasleitungen und dergl. Auch das Bepflanzen eines Grundstückes mit Bäumen und Sträuchern gehört hierher. Soweit jedoch diese Gegenstände zu den Nutzungen gehören, unterliegen sie der Herausgabepflicht, falls die Voraussetzungen für solche vorliegen (vgl. hierüber Planck, Kommentar § 997 Bem. 1 Abs. 2—4).

Digitized by Google

gebende Sache ein landwirtschaftliches, d. h. ein im landwirtschaftlichen Betriebe stehendes Grundstück ist, erweitert sich die Ausgleichungspflicht, indem sie auch die auf die Bestellung von Früchten aufgewendeten Kosten ergreift. Soweit solche Früchte bereits getrennt sind und dem Eigentümer als ihm gebührende Nutzungen nach Maßgabe der Darstellung im vorigen Paragraphen herauszugeben sind, treffen ihn auch nach Vorschrift des B.G.B § 102 die vom Besitzer aufgewendeten Bestellungskosten; insoweit aber die Früchte noch nicht getrennt sind, bilden sie wesentliche Bestandteile der Hauptsache; diese ist mit den noch nicht getrennten Früchten herauszugeben. Die Bestellungskosten fallen nicht unter die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen, der Ersatzanspruch wegen solcher Aufwendungen würde also nach Maßgabe der im § 996 B.G.B. aufgestellten prinzipiellen Regel dann entfallen, wenn der Besitzer nach der Rechtshängigkeit oder als nicht gutgläubiger Besitzer die Bestellung vornimmt. Mit der Unterlassung der Bestellung in solchen Fällen wäre aber auch dem Interesse des Eigentümers nicht gedient; es erweitert sich deshalb die Ausgleichungspflicht in diesem besonderen Falle auf die Bestellungskosten, jedoch nur rücksichtlich derjenigen Früchte, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung vor dem Ende des Wirtschaftsjahres, in dem die Bestellung erfolgt, getrennt werden. [1])

Die Ausgleichungsfrist besteht in diesem Falle jedoch nicht schlechthin, sie wird vielmehr beschränkt auf das Maß der ordentlichen Wirtschaftsführung und übersteigt nicht den Wert, den die Früchte zu der Zeit haben, zu welcher der Eigentümer das Grundstück wiedererlangt (B.G.B. § 998). Daß der letztere Zeitpunkt und nicht der Zeitpunkt der Ernte maßgebend ist, folgt aus dem im § 996 für den Ersatz solcher Verwendungen aufgestellten Prinzip, welches hier entsprechende Anwendung finden muß.

Die Ausübung dieser Rechte und Befugnisse ist vom Besitze abhängig, sie geht mit dem Besitze auf den Rechtsnachfolger über, das gilt insbesondere auch von dem Trennungsrechte; denn im Zweifel muß angenommen werden, daß in der Übertragung des Rechtes und des Besitzes auch alle aus dem Rechte

[1]) Hat der Besitzer z. B. Baumanpflanzungen gemacht, deren wirtschaftliche Holzerträge erst nach vielen Jahren zur Geltung kommen, so kann er keine Bestellungskosten ersetzt verlangen, wohl aber hat er das Trennungsrecht nach Maßgabe der oben dargestellten Vorschriften des § 997 B.G.B.

Digitized by Google

und dem Besitze folgenden Befugnisse übergehen sollen. Geht der Besitz in anderer Weise verloren, ohne daß der Eigentümer die Sache wiedererlangt, so können jene Befugnisse und Rechte so lange, als der Besitzer den Besitz nicht wiedererlangt, nicht ausgeübt werden. Erlangt der Eigentümer den Besitz zurück, so kann der Anspruch wieder geltend gemacht werden (B.G.B. § 1000).

Die Ausgleichungspflicht ist eine dingliche Haftpflicht, sie ruht auf der Sache, sie wird getragen von dem Eigentümer, so daß der jeweilige Eigentümer auch die beim Erwerb des Eigentums bereits bestehende Last trägt (B.G.B. § 999 Abs. 2). Nur dann, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder, wenn er die Verwendung genehmigt, verwandelt sich die dingliche Haftung in eine persönliche Leistungspflicht.

Der Ersatzanspruch kann geltend gemacht werden durch Zurückbehaltung der herauszugebenden Sache bis zur Befriedigung des Anspruchs (Einrede) durch selbständige Anspruchsverfolgung (Klage), oder durch unmittelbare Befriedigung aus der Sache (Zwangsveräußerung).

Über die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes gelten die allgemeinen Vorschriften (B.G.B. §§ 1000 u. 273). Darauf ob der Ersatzanspruch im Sinne des § 1001 fällig ist, kommt es nicht an. Das Zurückbehaltungsrecht kann im Konkurse als Absonderungsrecht geltend gemacht werden, soweit die Voraussetzungen des § 49 Nr. 3 K.O. vorliegen. Es entfällt, wenn der Besitzer die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Die selbständige Anspruchsverfolgung (§§ 1001, 1002) ist nur zulässig, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt hat oder die Verwendung genehmigt. In diesen Fällen wird die Ausgleichungspflicht zur persönlichen Leistungspflicht. Im vollen Umfange trifft das jedoch nur in dem Falle zu, wenn und insoweit der Eigentümer die Verwendung genehmigt. Die Genehmigung kann vor oder nach der Verwendung erfolgen, sie ist ein den Eigentümer persönlich verpflichtendes Rechtsgeschäft, der Umfang der Pflicht bestimmt sich nach dem Inhalte der Erklärung.

---

[1]) Ist die Sache ein Grundstück, so schützt auch den gutgläubigen Erwerber das Publizitätsprinzip des Grundbuchsystems in diesem Falle nicht.

Digitized by Google

Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm vom Besitzer unter Vorbehalt des Erstattungsanspruchs angebotene Sache annimmt. In diesem Falle ist der Umfang der Erstattungspflicht der gesetzliche, soweit sich nicht aus dem Vorbehalte etwas anderes ergibt.

Erlangt der Eigentümer die Sache wieder, so ist zu unterscheiden, ob er die Sache vom Besitzer oder in anderer Weise erlangt. Gibt der Besitzer die Sache ohne Vorbehalt heraus, so muß er den Ersatzanspruch vor Ablauf einer kurzen Ausschlußfrist von einem Monate bei beweglichen Sachen und von sechs Monaten bei Grundstücken gerichtlich geltend machen, andernfalls erlischt der Anspruch. Die Frist verlängert sich, wenn der Berechtigte durch höhere Gewalt oder im Falle des Stillstandes der Rechtspflege, der mangelnden gesetzlichen Vertretung des Eigentümers oder im Falle des Todes des Eigentümers an der Geltendmachung verhindert ist, nach den in solchen Fällen für die Anspruchsverjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 und 207 B.G.B. (§ 1002).

Erlangt der Eigentümer die Sache in anderer Weise wieder, so tritt freilich auch zumeist die persönliche Leistungspflicht ein, er kann sich von derselben jedoch dadurch, daß er die Sache dem Besitzer zurückgibt, befreien, so daß von da ab wieder die dingliche Haftpflicht (Zurückbehaltungsrecht, Recht auf Befriedigung aus der Sache) eintritt.[1])

Will der Besitzer die Sache nicht zurückgeben oder will der Eigentümer die ihm unter Vorbehalt angebotene Sache nicht annehmen, so kann der Besitzer (§ 1003) wegen seines Anspruchs Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen suchen und erhält dieselbe nur, soweit dieses Verfahren zu seiner Befriedigung führt. Die Ausübung dieses Rechtes setzt jedoch voraus, daß der Besitzer den Eigentümer zunächst unter Bestimmung einer angemessenen Frist und unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrages auffordert, die Verwendungen zu genehmigen. Innerhalb dieser Frist kann

[1]) Die Ansicht von Biermann, Kommentar zu § 1000, daß der Besitzer durch die Rückgabe Eigentümer wird, hat im Gesetze keinen Halt, es kann vielmehr nur angenommen werden, daß dem Besitzer durch die Rückgabe die ihm vor dem Besitzverluste zustehenden Rechte wiedereingeräumt werden sollen.

Digitized by Google

der Eigentümer zunächst den Anspruch bestreiten, dann muß der Besitzer den Anspruch dem Betrage nach im Rechtswege verfolgen. Ist der Anspruch rechtskräftig festgestellt, so muß der Besitzer die Aufforderung unter Bestimmung einer neuen angemessenen Frist wiederholen und kann nach Ablauf der Frist zur Ausübung des Rechts schreiten. Die gleiche Befugnis steht ihm zu, wenn der Eigentümer sich innerhalb der ersten Frist nicht erklärt hat.

Das Recht auf Befriedigung aus der Sache ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer die Genehmigung rechtzeitig, also innerhalb einer ihm gesetzten Frist erklärt. Dann tritt an die Stelle des Rechts auf Befriedigung aus der Sache der persönliche Leistungsanspruch.

Das Trennungsrecht kann der Besitzer eigenmächtig ausüben, unbeschadet seiner Verpflichtung, die Sache auf seine Kosten in denjenigen Stand, den sie vor der Verbindung hatte, zu setzen. Erlangt der Eigentümer den Besitz der Sache vor der Abtrennung, so ist er verpflichtet, die Abtrennung gegen Sicherheitsleistung zu gestatten (B.G.B. § 258). Gibt der Besitzer dem Eigentümer die Sache ohne Vorbehalt heraus, so liegt darin noch kein Verzicht auf den Gestattungsanspruch.

IV.

Einreden des Besitzers.

Zu den Einreden, kraft deren der Besitzer die Herausgabe der Sache an den Anspruchsberechtigten verweigern darf, gehört zunächst die Einrede der Verjährung, soweit nicht die Bestimmung des § 902 B.G.B. entgegensteht.

Im übrigen kommen solche Einreden in doppelter Richtung vor, indem sie sich entweder auf ein Recht zum Besitze, kraft dessen der Anspruchsverpflichtete gegebenenfalls auch die Herausgabe der Sache würde verlangen können, oder auf ein bloßes Zurückbehaltungsrecht stützen.

Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Besitzer zu, soweit ihm vom Eigentümer Verwendungen zu ersetzen sind. Diese Einrede führt nicht zur Abweisuug der Klage, sondern zur Verurteilung zur Herausgabe gegen Erstattung der Verwendungen (B.G.B. § 274, C.P.O. §§ 756 und 765).

Verweigert der Anspruchsverpflichtete die Herausgabe der Sache

Digitized by Google

wegen eines ihm zustehenden Rechts zum Besitze, so führt die Einrede zur Abweisung der Klage. Ein solches Recht kann absoluter[1]) oder relativer Art, muß aber im letzteren Falle gegenüber der Person des Anspruchsberechtigten wirksam sein,[2]) also z. B. ein Miets- oder Pachtrecht, welches nicht nur gegenüber dem Vermieter oder Verpächter, sondern auch gegenüber dem dritten Erwerber wirksam ist.

Der Besitzer hat solche Einrede nicht nur aus eigenem Rechte, sondern auch aus dem Rechte dessen, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, wenn dieser im Verhältnisse zu ihm mittelbarer Besitzer ist. War jedoch dieser im Verhältnisse zum Anspruchsberechtigten nicht befugt, ihm den Besitz zu überlassen, was z. B. zutrifft, wenn ein Wohnungsberechtigter (B.G.B. § 1093), oder ein Mieter die Sache unbefugt weiter vermietet hat, so steht dem Besitzer die Einrede aus dem Rechte des mittelbaren Besitzes nicht zu, wenn der Eigentümer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, falls dieser die Sache nicht übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangt.

Im weiteren Umfange bedarf der Besitzer gegenüber einem Eigentümer, der das Eigentum an einer beweglichen Sache durch Abtretung des vindikatorischen Anspruchs gegen den Besitzer erworben hat (B.G.B. § 931), des Schutzes, da in diesem Falle wohl dem Besitzer die Einrede aus einem dinglichen Rechte an der Sache zusteht, weil ein solches Recht in seiner Wirkung unberührt bleibt, solange der Anspruchsverpflichtete im Besitze der Sache ist (B.G.B. § 936 Abs. 1). Anders liegt jedoch die Sache, wenn dem Besitzer bloß ein persönliches gegen den früheren Eigentümer wirksames Recht zum Besitze, z. B. ein Mietrecht, zusteht. Bei beweglichen Sachen versagt dieses Recht seine Wirkung gegenüber dem neuen Eigentümer, das Gesetz gewährt deshalb dem Besitzer gegen den neuen Eigentümer alle Einwendungen, welche ihm gegen den abgetretenen

---

[1]) Als absolute Rechte gehören hierher die dinglichen Rechte an der Sache, soweit sie mit dem Rechte zum Besitze verknüpft sind, sowie die familien- und erbrechtlichen Verwaltungsrechte des Ehemanns (B.G.B. § 1373) und des Testamentsvollstreckers (B.G.B. § 2205).

[2]) Ein bloß relatives Recht hat auch der Käufer eines Grundstücks, dem der Besitz vom Eigentümer eingeräumt ist, solange die Auflassung nicht erfolgt ist. Ist das Grundstück vor solcher Auflassung an einen Dritten veräußert und aufgelassen, so wirkt das relative Recht des Besitzers diesem gegenüber nur, wenn es im Grundbuche vorgemerkt ist.

Digitized by Google

Anspruch zustehen, auch gegenüber dem Anspruche des neuen Eigentümers, soweit er sich auf dieses Eigentum stützt, aber auch nur in dem Umfange und unter den Voraussetzungen, wie sie dem Besitzer zustehen würden, wenn es sich um Erhebung des abgetretenen Anspruchs (B.G.B. §§ 404, 407, Abs. 1) handeln würde (§ 986 Abs. 2).

V.

Der negatorische Anspruch.

Voraussetzung dieses Anspruchs ist, daß die Besitzmachtvollkommenheit des Eigentümers in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird (§ 1004).

Anspruchsverpflichtet ist der Störer, also wer die Beeinträchtigung veranlaßt hat und deshalb in der Lage ist, sie zu beseitigen, gleichgültig, ob er die störende Handlung selbst vorgenommen hat oder durch einen anderen hat vornehmen lassen, oder ein anderer sie in Ausübung eines angeblich jenem zustehenden Rechtes an der Sache vorgenommen hat. In letzterem Falle finden, falls der andere auf Beseitigung oder Unterlassung verklagt wird, die Vorschriften über die Benennung des Urhebers im Falle des vindikatorischen Anspruchs entsprechende Anwendung (§ 77 C.P.O.).

Erfolgt die Störung auf Grund eines für den Verpflichteten im Grundbuche eingetragenen, in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechts, so kann mit dem Anspruche die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894—898) verbunden werden, welcher Anspruch selbstverständlich auch ohne Rücksicht darauf, ob eine Beeinträchtigung der Besitzmachtvollkommenheit stattgefunden hat oder nicht, selbständig verfolgt werden kann.

Der negatorische Anspruch findet nur statt, wenn es sich um eine Beeinträchtigung nicht bloß vorübergehender Art handelt, die Störung also von bleibender Art ist, oder wenn die Störung in der Weise sich geltend macht, daß eine fortdauernde Gefahr weiterer gleichartiger Störungen besteht.

Die Beeinträchtigung kann unmittelbar durch eine direkt einwirkende Tätigkeit des Störers erfolgen oder mittelbar durch sog. Immissionen, welche von einem anderen Grundstücke ausgehen. In letzterem Falle ist es gleichgültig, ob die Immission auf eine auf dem Grundstücke bestehende Anlage, Einrichtung zurückzuführen ist oder nicht, auch das Geheul von Tieren, Belästigung

Digitized by Google

durch Bienen, Tauben und andere Tiere kann zur Erhebung des Anspruchs führen.[1])

Bei der Immission von sog. Imponderabilien findet der Anspruch nur statt, wenn die Zuführung durch eine besondere Leitung erfolgt oder unter Berücksichtigung der Ortsverhältnisse außergewöhnlicher Art ist (§ 906).

Inhaltlich geht der Anspruch auf Beseitigung der Einwirkung und im Falle die Gefahr der Wiederholung besteht, auf Unterlassung.

Die Kosten der Beseitigung hat der Verpflichtete zu tragen, gleichgültig, ob ihn eine Schuld trifft oder nicht. Das trifft auch dann zu, wenn die Einwirkung von einer auf einem anderen Grundstücke befindlichen Anlage herrührt, die nicht der jetzige Eigentümer des Grundstücks, sondern sein Vorgänger errichtet hat. Auch in diesem Falle geht der Anspruch gegen den jetzigen Eigentümer nicht nur auf die Gestattung der Wegnahme durch den Berechtigten (pati), sondern auf Beseitigung durch den Verpflichteten.

Geht die Beeinträchtigung von einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteteten gewerblichen Anlage aus, so geht nach § 26 der Gewerbeordnung der Anspruch nicht auf Beseitigung der Anlage, sondern auf Herstellung von Einrichtungen, welche die Beeinträchtigung ausschließen, oder falls das nicht möglich ist, auf Schadloshaltung. Das gilt, falls das Landsrecht das vorschreibt, auch für Eisenbahn-, Dampfschiffahrt- und ähnliche Unternehmungen (E.G. z. B.G.B. Art. 125).

Abgesehen von diesem besonderen Falle des § 26 der Gewerbeordnung geht der negatorische Anspruch als solcher nicht auf Schadensersatz, auch nicht auf Herausgabe von Nutzungen, die der Verpflichtete etwa durch die Beeinträchtigung aus der Sache, insbesondere aus dem Grundstücke des Berechtigten gezogen hat.

Ob ein Anspruch auf Schadensersatz oder auf Herausgabe der Bereicherung besteht, entscheidet sich lediglich nach den bezüglichen Grundsätzen des Rechts der Schuldverhältnisse (§§ 823 ff. und §§ 812 ff.).

Der negatorische Anspruch findet nicht statt, wenn der Eigentümer nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über die Ausübung der Besitzmachtvollkommenheit (§§ 901—906) die Einwirkung nicht verbieten kann.

---

[1]) Dernburg, Sachenrecht § 79 Anm. 10.

Digitized by Google

Ausgeschlossen ist der Anspruch, wenn der Anspruchsberechtigte verpflichtet ist, die Beeinträchtigung zu dulden, mag die Befugnis des Anspruchsverpflichteten auf einem absoluten Rechte an der Sache oder auf einem persönlichen Schuldverhältnisse beruhen, wenn das letztere nur gegenüber dem Eigentümer wirksam ist.[1])

Für benachbarte Grundstücke erweitert sich der negatorische Anspruch in den Fällen der §§ 907—909 in der Weise, daß auch schon im Falle bloßer Gefährdung ein mit diesem Anspruche zu verfolgendes Verbietungsrecht gewährt wird, wenn auch eine Beeinträchtigung noch nicht stattgefunden hat, wohl aber demnächst zu befürchten ist.

Eine solche gefährdende Anlage kann auch den natürlichen Lauf des Grund- und Regenwassers zum Nachteile eines anderen Grundstücks beeinflussen, und zwar in der Weise, daß dem anderen Grundstücke das Wasser in gefährdender Weise zugeführt oder ihm entzogen wird.[2]) Für diese Fälle gelten zunächst die landesrechtlichen Vorschriften über das Wasserrecht (E.G. z. B.G.B. Art. 65). Soweit diese Bestimmungen nicht entgegenstehen, finden auch die obigen Grundsätze über den negatorischen Anspruch in seiner regelmäßigen oder erweiterten Anwendung statt, wenn eine den natürlichen Wasserlauf indirekt benachteiligende Handlung vorgenommen wird und der Grundstückseigentümer dadurch in seiner Besitzmachtvollkommenheit beeinträchtigt wird oder eine nach Maßgabe der Bestimmungen im § 907 B.G.B. unzulässigen Einwirkung mit Sicherheit vorauszusehen ist.

Im Streitfalle hat der den Anspruch Erhebende, abgesehen von seinem Eigentum, die zur Erhebung des Anspruchs berechtigende Beeinträchtigung durch den in Anspruch Genommenen zu beweisen[3]), während der letztere im Behauptungs- und Bestreitungsfalle zu beweisen hat, aus welchem Grunde jener die Beeinträchtigung ihm gegenüber zu dulden hat.

---

[1]) Im Gegensatze zu § 986 Abs. 1 gewährt ein solches Recht nicht eine Weigerungseinrede, sondern schließt in Übereinstimmung mit der Fassung des § 903 B.G.B. den Anspruch aus, so daß im Streitfalle der Richter solchen Ausschluß auch dann zu beachten hat, wenn sich solches aus dem Vortrage des Klägers ergibt, und Beklagter den Ausschluß nicht geltend macht.

[2]) Das gemeine Recht gewährt in diesen Fällen eine besondere Klage, die actio aquae pluviae arcendae.

[3]) Über die Beweislast in den Fällen der §§ 905 und 906 ist bereits oben S. 421 f. gesprochen.

Digitized by Google

Ist der Anspruch auf Untersagung einer schadendrohenden Anlage gerichtet, so muß der Berechtigte beweisen, daß ein über das Maß des Erlaubten (§ 907 B.G.B.) hinausgehende Beeinträchtigung unvermeidlich ist, während dem Verpflichteten der Nachweis obliegt, daß ihm gegenüber dem Berechtigten ein Recht auf die Anlage zusteht. Die besondere Vorschrift der Gewerbeordnung (§ 26) greift auch hier Platz.

Ist der Anspruch auf Vorkehrung gegen gefährdende Gebäude oder Werke oder auf Unterlassung von Vertiefungen gerichtet (§§ 908, 909 B.G.B.), so hat der Berechtigte das Vorhandensein der Gefahr zu beweisen.

In den Fällen der beiden letzten Absätze (§§ 907, 908, 909 B.G.B.) ist der negatorische Anspruch unverjährbar (§ 924 B.G.B.).

Das Nähere gehört dem sog. Nachbarrechte an und bleibt deshalb hier unerörtert.

VI.

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen ist das folgende:

Das Eigentum als ideelles Rechtsverhältnis bedeutet die rechtliche Zugehörigkeit einer Sache zu dem Vermögen einer Person. Geschützt wird dieses Verhältnis im Wege einer Feststellungsklage.

Ist die Sache ein Grundstück und diese Zugehörigkeit durch Eintragung eines Nichteigentümers als Eigentümer in das Grundbuch gefährdet, so gewährt das Gesetz gegen den Eingetragenen den Berichtigungsanspruch.

Das Eigentum als materielles Recht kann in gleicher Weise durch falsche Eintragungen in das Grundbuch gefährdet sein, indem ein Recht an dem Grundstücke für einen Nichtberechtigten eingetragen ist, auch hiergegen steht dem Eigentümer der Berichtigungsanspruch zu.

Als materielles Recht ist das Eigentum die gesetzlich gewährleistete Besitzmachtvollkommenheit. Wird diese tatsächlich gestört, so gewährt das Gesetz, abgesehen von dem bei Eigentum an beweglichen Gegenständen stattfindenden Verfolgungs- und Abholungsrechte in den Fällen der §§ 1005 und 962, in doppelter Richtung Schutz, je nachdem die Störung durch fremden Besitz oder in anderer Weise stattfindet.

1. Gegen den Besitzer hat der Eigentümer den vindikatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache. Der Anspruch ist insoweit rein dinglicher Natur, sein Grund ist das Eigentum, seine Richtung

Digitized by Google

hat er gegen den Besitzer. Die Person des Besitzers haftet nur mit dem Besitze und nur, solange dieser Besitz besteht.

Zieht der Besitzer während seiner Besitzzeit in außergewöhnlicher Weise Nutzungen, so haftet er, soweit er durch die Ziehung noch bereichert ist, dem Eigentümer auf Herausgabe. Der Anspruch ist aktiv dinglich, passiv persönlich, indem der Besitzer nicht nur als Besitzer sondern mit seinem Vermögen haftet. In derselben Weise haftet der Besitzer für alle Nutzungen in dem besonderen Falle des § 988.

Wird der Anspruch auf Herausgabe der Sache im Wege der Klage verfolgt, so erweitert sich die Haftung des Prozeßbesitzers von der Rechtshängigkeit an bezüglich der Nutzungen und es trifft denselben daneben eine weitere persönliche Verantwortlichkeit bezüglich der Sache und der nach der Rechtshängigkeit gezogenen natürlichen Früchte.

War der Besitzer bei der Erlangung des Besitzes nicht im guten Glauben oder erfährt er später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet er von der Erlangung oder von dem späteren Zeitpunkte an in derselben Weise wie der Prozeßbesitzer, ist außerdem dem Eigentümer gegenüber persönlich zur Herausgabe der Sache und der Nutzungen verpflichtet und haftet, falls er wegen Erfüllung dieser Verpflichtung in Verzug gerät, nach denselben Grundsätzen wie ein Schuldner aus einem persönlichen Schuldverhältnisse.

Hat sich der Besitzer den Besitz durch unerlaubte Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen.

Auch in den Fällen der drei letzten Absätze ist der Anspruch aktiv ein dinglicher, sein Grund ist das Eigentum, passiv ist er persönlicher Art, indem der Besitzer in dem bezeichneten Umfange nicht nur mit dem Besitze, sondern für seine Person haftet, gleichgültig ob der erlangte Besitz fortbesteht oder nicht. Erforderlich ist jedoch in allen Fällen in der Person des Verpflichteten, daß er den Besitz erlangt hat; wer den Eigentümer aus dem Besitz entsetzt, ohne selbst unmittelbaren oder mittelbaren Besitz zu erlangen, gegen den findet der Anspruch auf Herausgabe nicht statt. Ob und in welchem Umfange in diesem Falle ein persönliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung entsteht, ist hier nicht zu erörtern.

Digitized by Google

Dem Besitzer steht gegen dem Eigentümer ein Gegenanspruch wegen Verwendungen zu. Der Umfang dieses Anspruchs beschränkt sich regelmäßig auf die notwendigen Verwendungen, soweit sie nicht zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten einer Sache, deren Nutzungen der Besitzer gezogen hat und behalten darf, gehören. In der Person des Prozeßbesitzers und des ihm gleichgestellten Besitzers beschränkt sich dieser Anspruch nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Andere als notwendige Verwendungen werden solchen Besitzern nicht erstattet, sonst nur, wenn sie vor der Rechtshängigkeit gemacht sind, und soweit der Wert der Sache dadurch noch erhöht ist.

Im Falle der Besitzer mit der Herausgabe der Sache eine andere verbunden hat und die verbundene Sache nicht wesentlicher Bestandteil geworden ist, steht ihm auch unter bestimmten Voraussetzungen und Beschränkungen das Trennungsrecht zu.

Der Ersatzanspruch wegen Verwendungen wird geltend gemacht

a) durch Einrede, Zurückbehaltungsrecht bezüglich der Sache,

b) durch selbständigen dinglichen Anspruch, falls der Eigentümer den Besitz wiedererlangt hat, er kann sich dem Anspruche durch Zurückgabe der Sache entziehen,

c) durch persönlichen Anspruch gegen den Eigentümer, der die Verwendung genehmigt hat.

d) Erklärt der Eigentümer die Genehmigung auf bezügliche Aufforderung nicht, so kann der Besitzer den Pfandverkauf der Sache wegen des Ersatzanspruchs, dessen Höhe event. zunächst im Wege der Klage festzustellen ist, betreiben. Durch die nachträgliche Genehmigung des Eigentümers wird dieses Recht ausgeschlossen.

Dem vindikatorischen Anspruche auf Herausgabe können abgesehen von der Einrede des Zurückbehaltungsrechts und der Einrede der Verjährung, soweit solche zulässig ist, nur Einreden aus einem Rechte des Besitzers zum Besitze der Sache entgegegenstehen.

2. Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so gewährt das Gesetz gegen den Störer den negatorischen Anspruch auf Beseitigung der Störung, außerdem kann der Eigentümer, falls weitere Störungen zu besorgen sind, auf Unterlassung klagen. Auch dieser Anspruch ist aktiv ein dinglicher, er fließt aus dem Eigentum, passiv ist er persönlicher Art; er ist gerichtet gegen die Person des Störers. Dem Störer legt das Gesetz außer der Pflicht der Beseitigung

Digitized by Google

die weitere Verpflichtung auf, fernere Störungen gleicher Art zu unterlassen, darauf kann der Eigentümer klagen.[1])

Der negatorische Anspruch findet in beschränkter Weise statt, soweit das Eigentum selbst durch die den sozialpolitischen Bedürfnissen entsprechenden gesetzlichen Vorschriften beschränkt ist. Eine weitere Beschränkung hat er im Interesse der ungehinderten Ausübung eines Gewerbes in einer bereits errichteten Anlage gefunden. Er findet im erweiterten Umfange statt gegen den Grundstücksnachbarn im Gebiete des sog. Nachbarrechts.

Ausgeschlossen wird der Anspruch durch ein Recht des Störers auf Vornahme der störenden Handlung.

Jeder Eigentumsschutz versagt gegenüber dem sog. Nothilferecht.

Der vindikatorische wie der negatorische Anspruch sind dinglicher Art, sie fließen beide aus dem Eigentum, wenn auch verschieden in Zweck und Ziel.

Ist das Eigentum in seiner materiellen Bedeutung der rechtlich gewährleistete Besitz, so verfolgen wir in dem vindikatorischen Anspruche unser Eigentum als solches, hier handelt es sich um einen Eigentumsstreit im eminenten Sinne, da in dem Streit über diesen Anspruch der Besitzer diese Besitzmachtvollkommenheit des Klägers im ganzen, als solche verneint. Wird also der Besitzer zur Herausgabe der Sache verurteilt, so wird in dem Urteile der Kläger als der dem Beklagten gegenüber zum Besitze berechtigte Eigentümer der Sache anerkannt.[2]) Wird die Klage abgewiesen,

---

[1]) Nicht beizutreten ist der neuerdings wieder mit Lebhaftigkeit von Hellwig (Anspruch und Klagrecht S. 6 passim) vertretenen Annahme eines dem Eigentum und sonstigen absoluten Rechten innewohnenden Anspruchs gegen jedermann auf Unterlassung. Diese Annahme führt H. zu der Folgerung, daß der Eigentümer schon im Falle der Rechtsberühmung und Rechtsverneinung ein Klagrecht nach C.P.O. § 259 habe (a. a. O. S. 390 ff.). H. hält deshalb die Bestimmung des § 1004, soweit sie eine Klage auf Unterlassung gewährt, in Beihalt des § 259 C.P.O. für überflüssig (S. 383 f.). Mir scheint darin eine Verkennung der lediglich prozeßrechtlichen Bedeutung des § 259 zu liegen. Nach demselben ist prozessualer Rechtsschutz unter bestimmten Voraussetzungen auch dann möglich, wenn die geschuldete Leistung noch nicht fällig ist, sondern erst in der Zukunft fällig wird. Der Anspruch des Eigentümers gegen den Störer auf Unterlassung ist aber ein präsenter, die Verurteilung geht nicht auf künftige Leistung, sondern auf Unterlassung heute, morgen u. s. w., also auf Unterlassung schlechthin.

[2]) Das Urteil entscheidet über das Eigentumsrecht des Klägers im Verhältnisse zum Beklagten rechtskräftig, ohne daß es der Erhebung einer Feststellungsklage bedarf, wie Dernburg, Sachenrecht S. 337 und auch wohl Hellwig a. a. O. S. 32 annehmen. S. dagegen Hölder in d. Z. f. d. C.P. 29 S. 66.

Digitized by Google

so kommt es darauf an, ob die Abweisung auf Grund einer Weigerungseinrede erfolgt, dann wird nicht über das Eigentum sondern nur über den Herausgabeanspruch erkannt, weiter erstreckt sich dann auch nicht die Rechtskraft des Urteils. Ebenso, wenn der Kläger abgewiesen ist, weil der Beklagte nicht Besitzer ist. In jedem anderen Falle wird dem Kläger in der Abweisung der Klage das Eigentum abgesprochen.

Ganz anders in dem Falle der negatorischen Klage. Hier handelt es sich nur um die Frage, ob der Beklagte die Besitzmachtvollkommenheit des Klägers nicht im ganzen, sondern nur in einer bestimmten beschränkten Richtung beeinträchtigt. Nicht über die Eigentumsfrage sondern über die einzelne Beeinträchtigung, ihre rechtliche Bedeutung und Wirkung wird entschieden. Gegenstand des Prozesses und des Urteils ist lediglich die Frage, ob der Beklagte der behaupteten Beeinträchtigung schuldig ist, und ob er dazu befugt war oder nicht. Darauf beschränkt sich auch die Rechtskraft des Urteils.

Digitized by Google

XXI.

Übersicht über die Zeitschriften des Jahrgangs 1900.

Von

Professor Dr. J. Binder.

(Schluß.)

IV. Buch. Familienrecht.

II. Abschnitt. Verwandtschaft.

IV. Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

II. Elterliche Gewalt. §§ d. B.G.B.

Jacobi Iherings Jahrb. 5 S. 87 f. Vgl. Gewerbeordnung 1626 f.
§ 120 b, 126, H.G.B. § 26. Der Ausdruck gute Sitten ist irreführend, weil die boni mores die Sittlichkeit, nicht die Sitte bedeuten.

Vgl. Fischer, Deutsche Juristenzeitung V S. 162, ferner 1640
Häckel eod. S. 339. Marcus eod. S. 114. Über die Anwendung während der Übergangszeit im Geltungsgebiet der pr. Vormundschaftsordnung.

Über das Verhältnis zu Titel 28 der Solmser Landesordnung 1640, 1669
von 1571 und § 4 der Nassauischen Verordnung vom 26. Nov. 1804 auf Grund des pr. A.G. zum B.G.B. Art. 4: Fohr im Archiv für die ziv. Prax. 91 S. 103 f.

VIII. Titel. Annahme an Kindes Statt.

Hellmann im Archiv für die ziv. Prax. 90 S. 437 schließt 1771
hieraus, daß Ehegatten einander nicht adoptieren können.

III. Abschnitt. Vormundschaft.

II. Titel. Vormundschaft über Volljährige.

Über die vorläufige Vormundschaft: Brettner, Gruchots 1906—1908
Beiträge S. 696 f.

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

III. Titel. Pflegschaft.

1910 II. Dr. Kornfeldt, D. Juristenzeitung V S. 271 über den Begriff des geistigen Gebrechens; dagegen Harnier eod. S. 336 f.

1920 Kornfeldt a. a. O. S. 271 meint, jeder Geisteskranke könne, wenn es gelungen wäre, seine Einwilligung zur Pflegschaft zu erlangen, dieselbe alsbald widerrufen. Dagegen mit Recht Harnier, unter Berufung auf B.G.B. § 105.

V. Buch. Erbrecht.

II. Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

II. Titel. Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

III. Beschränkte Haftung.

1978, 1979 Knitschky, Mecklenb. Zeitschr. 18 S. 160: Die Frau haftet für die Handlungen des Mannes mit dem eingebrachten Gute.

1980 Über die Frage, ob die Frau den Nachlaßgläubigern für den dadurch entstandenen Schaden haftet, daß der Ehemann den Antrag über die ihr angefallene und in ihr eingebrachtes Gut gefallene Erbschaft den Nachlaßkonkurs zu eröffnen unterlassen hat, vgl. Knitschky eod. S. 159.

IV. Inventarerrichtung usw.

2006 Pflaum, D. Juristenzeitung V S. 67: Die unbeschränkte Haftung gegenüber dem Gläubiger, der den Antrag gestellt hat, bedeutet unbeschr. Haftung für die Forderung, derentwegen der Antrag vom Gläubiger gestellt ist. Vgl. Prot. V S. 732. Ebenso §§ 1973, 1974 I, 2060.

V. Aufschiebende Einreden.

2014 f. Eccius, Gruchots Beiträge 44 S. 899 f.

IV. Titel. Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

2032 Über die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft s. Jörges, Zeitschrift für H.R. 49 S. 188.

2033 Die im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nach Z.P.O. §§ 859, 930 vollzogene Pfändung des Anteils, den der Schuldner als Miterbe an einem Nachlaß hat, kann nicht durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Blatt eines Nachlaßgrundstücks vorgemerkt werden. Der Miterbe kann aber, als

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

Miteigentümer zur gesamten Hand, gemäß G.O. § 48 eingetragen werden und dann ist die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung möglich. Der Gläubiger erlangt die Eintragung nicht nach Z.P.O. § 867, sondern nach G.O. §§ 22, 13 II. Schweitzer, D. Juristenzeitung V S. 393.

Gegen Weißler, Nachlaßverfahren S. 279, 459 vgl. Eccius bei Gruchot 44 S. 769: Die Verweisung auf § 753 rechtfertigt nicht die Heranziehung des § 1234. 2042

Jörges, Z. f. H.R. 49 S. 177 f.: Die Gemeinschaftlichkeit der Schriftstücke kann nur Miteigentum sein, dasselbe entsteht nicht durch die Auseinandersetzung, sondern besteht fort. 2047 II

Über die Ausgleichungspflicht, vgl. Krüger in Grünhuts Z. 27 S. 464 f. 2050

Über die Berechnung des conferendum, Krüger eod. S. 465 f. 2055

III. Abschnitt. Testament.

I. Titel. Allgemeine Vorschriften.

Über die nachträgliche Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung, vgl. Hellmann, Archiv f. d. ziv. Prax. 90 S. 420 f. 2064

VI. Titel. Testamentsvollstrecker.

Über den Testamentsvollstrecker vgl. Brettner, Archiv f. B.R. 17 S. 213 f. 2197 f.

Über die Unwiderruflichkeit der Annahme, Ablehnung und Niederlegung des Amtes eines Testamentsvollstreckers, vgl. Appel D. Juristenzeitung V S. 358 f. 2202

Zur rechtlichen Stellung des Vollstreckers: Brettner a. a. O. S. 227. 2203

Über die Frage ob die Auseinandersetzung des Vollstreckers wegen Unbilligkeit durch Richterspruch aufgehoben werden kann vgl. Brettner a. a. O. S. 221 N. 4 gegen Marcus im sächs. Archiv 8 S. 63. 2204

Eine Nachlaßverwaltung ist ausgeschlossen, wenn ein Vollstrecker vorhanden ist. Brettner a. a. O. S. 222 gegen Markus sächs. Archiv 8 S. 68. 2205

Brettner a. a. O. S. 223 über die Prozeßführung des Testamentsvollstreckers. Vgl. auch Marcus a. a. O. S. 74. 2212, 2213

Über die Verweisung auf § 671 III, vgl. Brettner a. a. O. S. 219. 2226

Digitized by Google

§§ d. B.G.B.

VII. Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

2231 § 2 Hölder, Iherings Jahrb. V S. 303 ff. über die Frage der richtigen Datierung des eigenhändigen Testaments.

2246 Über die Verwahrung des Testamentes Böhiker D. Juristenzeitung V S. 500. Dagegen Greiff eod. S. 522.

2261, 2273 Über die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testamentes, welches bei einem anderen als dem Nachlaßgericht verwahrt ist, vgl. Appel, D. Juristenzeitung V S. 183 u. Arnold eod. S. 299.

VIII. Titel. Gemeinschaftliches Testament.

2268 Hellmann, Archiv f. d. ziv. Praxis 90 S. 425 f.

2270 Über die Umgehung der Vorschrift durch den überlebenden Ehegatten, vgl. Wilhelmi, D. Juristenzeitung V S. 138 f. und dagegen Pitel eod. S. 273 f. unter Verweisung auf § 2271 [1].

2273 Über das Verfahren bei der Wiederverwahrung des gemeinschaftl. Testamentes Geiger, D. Juristenzeitung V S. 359.

IV. Abschnitt. Erbvertrag.

2278 II Über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in einem Erbvertrag. Brettner, Archiv f. B.R. 17 S. 216.

VIII. Abschnitt. Erbschein.

2361 Der öffentliche Glaube des Erbscheins geht verloren, sobald er eingezogen oder für kraftlos erklärt wird. Rambohr bei Gruchot 44 S. 819.

2370 Rambohr a. a. O. S. 819.

Digitized by Google

XXII.

Sachregister.

A.

Abholungsrecht des Eigentümers aus § 867, 423.

Ablieferung von Testamenten und Erbverträgen 360 ff., 371.

Abtretung von Hypotheken 87 f., 141.

— durch unbeglaubigte Abtretungserklärungen 383 ff.

— einer Eigentümerhypothek 100.

Aktiengesellschaft. Kann ein nicht wirtschaftlicher Verein als A. Rechtsfähigkeit erlangen? 30.

— Inwieweit kommen die vereinsrechtlichen Vorschriften des B.G.B. auf die A. zur Anwendung? 31.

Aktienkommanditgesellschaft, Vereinscharakter der A. 31.

— Anwendung der vereinsrechtlichen Vorschriften des B.G.B. auf die A. 31.

actio confessoria 118.

actio negatoria siehe Eigentumsfreiheitsklage.

Adel 30.

Adoption kann nicht unter Ehegatten erfolgen 455.

Allgemeine Gütergemeinschaft, Schuldenhaftung beim Übergang in die Verwaltungsgemeinschaft 149.

— Verfügung über Grundstücke, die zum Gesamtgut gehören 149, 150.

Amortisationshypothek 95.

Anerkenntnis einer verjährten Forderung 37.

Anfechtbare Ehe, Heilung nach ihrer Auflösung 143.

Anfechtung eines Dienstvertrages wegen Betrug 69.

— eines pactum de mutuo dando wegen Irrtums in den Vermögensverhältnissen des Gläubigers 57.

— der vormundschaftl. Einwilligung zur Eheschließung des Mündels 143.

— der Ehe bevormundeter Personen 143.

— Geltendmachung 143.

— der Ehe wegen Irrtums 201.

— letztwilliger Verfügung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten 339, 340.

Anfechtungserklärung, Empfangsbedürftigkeit 144.

Anfechtungsverfahren gegen einen Entmündigungsbeschluß 65.

Anlage, gewerbliche, behördlich konzessioniert 448.

Anteilshypothek an einem Grundstücksbruchteil 138.

Aufgebot d. Nachlaßgläubig. 320, 341.

Aufhebung einer Obligation durch concursus duarum causarum lucrativarum 48.

Aufklärungspflicht des Beschädigten 40.

Auflassung 91 f., 137.

Auflösung der Ehe, Wirkung auf den Bestand korrespektiver gemeinschaftlicher Testamente 458.

Digitized by Google

Auflösung der Ehe, Heilung einer anfechtbaren Ehe nach A. 144.
Aufrechnung, Natur der A. und Wirkung 23, 51.
— Geltendmachung im Prozeß 51, 60, 77.
— Unzulässigkeit der A. 51, 411.
— Rückwirkung der Aufrechnungserklärung 23 ff.
— die A. im Verhältnis zum Rückbehaltungsrecht 51.
— die A. gegen den Zessionar 52.
— § 394 B.G.B. im Verhältnis zu § 115 Gew.O. 51.
— die A. als Einziehung einer Forderung 143.
— der Ehescheidungsgründe 207 ff.
Auseinandersetzung von Gesellschaftern 59.
— unter Miterben 341 ff., 457.
— die vom Testamentsvollstrecker unbillig erfolgte A. ist vom Gericht aufzuheben 457.
Ausgleichungspflicht der Miterben 457.
Auskunftsrecht des Pflichtteilsberechtigten besteht nur gegenüber dem Erben, nicht dem Testamentsvollstrecker 371.
Auslegung von letztwilligen Verfügungen 326—38.

B.

Bereicherung, ungerechtfertigte 430, 437, 448.
— Ausschluß des Anspruchs wegen Rechtswidrigkeit der Leistung 61, 80.
Berichtigung des Grundbuchs 137, 419, 428, 447, 450.
Beschlagnahme der Versicherungsforderung 142.
— der Miet- und Pachtzinsen 99, 138, 139.
Besitz, Natur des B. 16.
— als Rechtsfolge der tatsächlichen Herrschaft 16.
Besitz, Übergang des B. auf den Erben 17.
— Rechtsbefugnisse des Besitzers 18.
— Stellung des Besitzers als Passivlegitimierter im Vindikationsprozeß 427—54.
— der juristischen Person 16.
— des Finders 20—22, 434, 436.
— von Schrankfächern in Stahlkammern 135.
— Leistung auf Grund des § 851 an den Besitzer 63.
Besitzstörung, Übergangsfrage 87.
Bestätigung einer anfechtbaren Ehe nach ihrer Auflösung 144.
Bestätigungserklärung, Empfangsbedürftigkeit 144.
Bestimmung der Leistung durch einen Dritten 43.
Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Ehefrau 144, 145.
Betrug, Anfechtung eines Dienstvertrags wegen B. 69.
Bewußtlosigkeit 33.
Bienenschwarm 426.
Börsengeschäfte 35, 60.
Börsenregister 60.
Briefhypothek siehe unter Hypothek und Hypothekenbrief.
Buchhypothek. Einseitige Bewilligung des Grundstückeigentümers genügt zum Ausschluß der B. 97 f., 138.

C.

Chikaneverbot 38, 61, 71.
Clausula sic rebus stantibus 44, 57.
Compensatio lucri cum damno 39.
Concursus duarum causarum lucrativarum 48.
Confusion von Pfandrecht und Eigentum 100, 142.

D.

Darlehn 57.
— hypothekarisch gesichertes D. einer Kreditanstalt 95.

Digitized by Google

Datierung von eigenhändigen Testamenten 358 f., 458.
Defloration 191 ff.
Dienstberechtigter, Fürsorge und Haftung aus § 618 B.G.B. 225.
— Verpflichtung des D. aus § 616 B.G.B. zessiert, wenn kraft Parteivereinbarung die Bestimmung dieses § außer Kraft gesetzt ist 173.
— ferner aber auch, wenn ein besonderes Schutzgesetz einen anderen als den Dienstverpflichteten für den Ausfall aufkommen läßt 191 ff.
Dienstvertrag 57, 58, 63.
Differenzeinwand 60.
Dolmetsch bei Errichtung gerichtlicher Testamente 355 f.
Dürftigkeit des Nachlasses 320.
Duell 272.

E.

Ehe, Stellung des Mannes in der E. 144, 203, 218.
— Einwilligung des gesetzl. Vertreters zur Eheschließung des Mündels 143.
— Anfechtung der E. 143, 201.
— Ehegatten können einander nicht adoptieren 455.
Ehebruch, Einfluß der Zustimmung des Ehegatten zum E. des anderen 210.
— als Scheidungsgrund 207—209.
Ehemaklervertrag, Übergangsfrage 79.
Ehescheidung wegen eines vor 1900 begangenen Ehebruches 207—209.
— wegen böslichen Verlassens 151.
— wegen Geisteskrankheit 151, 211.
— wegen relativer Scheidungsgründe 210, 211.
— Sorge für die Person des Kindes nach geschiedener Ehe 217.
Ehescheidungsprozeß, Kostenvorschuß 188, 207.
— Regelung der elterlichen Gewalt während des E. durch einstweilige Verfügung 217.
Eigenmacht, verbotene 431, 436, 451.
Eigentum, rechtliche Natur 419, 450.
— Befugnisse und Schranken 88 f., 93, 420—423.
— Erwerb des E. 137.
— Schutz des E. 90, 137, 419 ff.
Eigentumsansprüche 90, 137, 423 ff., 428, 450, 453.
Eigentumsfreiheitsklage 93, 423, 447—50, 452, 454.
— Beweislast bei Erhebung der E. 422, 449.
— Ausschluß der E. 449, 453.
Eigentümergrundschuld 140, 141.
Eigentümerhypothek 100, 140, 141.
Eigentumsvermutung 384, 424, 425.
Einbringung von Sachen in Schlafwagen 58.
Eingebrachtes Gut der Ehefrau in der Verwaltungsgemeinschaft siehe unter Verwaltungsgemeinschaft.
Einrede, aufschiebende, des Erben schützen ihn vor Verzug 320, 456.
Elterliche Gewalt des Vaters 217, 455.
— Regelung während des Scheidungsprozesses und nach geschiedener Ehe 217.
Empfangsbedürftigkeit der Anfechtungs- und Bestätigungserklärung 144.
Entmündigungsbeschluß, Anfechtung eines E. 65.
Entschädigung für die durch Erfüllung der Zeugnispflicht verursachte Zeitversäumnis 170 ff.
Erbeinsetzung zu einem Bruchteil schließt für den eingesetzten E. das Recht aus, noch außerdem sein gesetzliches Erbrecht geltend zu machen 329—336.
— nicht rechtsfähiger Vereine 32.
Erbengemeinschaft, Einrede bestehender E. 323 f., 326.
— rechtliche Natur dieser Einrede 456.
Erbenhaftung, beschränkte 320, 323, 325 f., 456.

Digitized by Google

Erbenhaftung, unbeschränkte 456.
Erbfolge, gesetzliche 319, 335.
Erbrecht, gesetzliche eines Ehegatten, dem der Erblasser die Nutznießung am Nachlaß zugewandt hat 336 f.
Erbschein, Erteilung nur auf Grund eines gerichtlich eröffneten Testaments 363.
— Inhalt des E. 372 f., 374 f.
— Legitimation des Erben durch den E. 137, 373.
— öffentlicher Glaube des E. 458.
— Einziehung des E. 375—377, 458.
— Erteilung eines gemeinschaftlichen E. 372, 373.
— Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Erteilung eines E. 373 f.
Erbvertrag, Eröffnung eines E. kann unterbleiben wenn zwecklos 363 f.
— Ablieferung eines E. 371.
— Ernennung eines Testamentsvollstreckers im E. 458.
Erfüllungsort für Bürgschaftsobligation 60.
Erlaßvertrag 51.
Eröffnung eines Testaments 360 bis 63, 370, 458.
— eines gemeinschaftlichen Testaments 364, 366, 368, 458.
Erwerb von Rechten an Grundstücken 135.
Erwerbsgeschäft der Frau während der Ehe, Begriff 148.
— Erträgnisse 144.
— Bedeutung der Zustimmung und des Verbietungsrechts des Mannes 144 f.

F.

Fahrnisgemeinschaft, Grundstückserwerb für das Gesamtgut 135, 149.
Familienpapiere bei Erbauseinandersetzung 457.
Feststellungsklage auf Bestehen des Besitzes 16.
— auf Bestehen des Eigentums 419.
Fiktionen, Rechtsnatur 381, 382.
— des öffentlichen Glaubens und die des § 1855 2 S. 383 ff.
Finder, Besitz des F. 20—22, 434, 436.
— Haftung des F. 403.
Formvorschriften bei Errichtung von Testamenten
— bei der Auflassung 91, 137.
— bei Kauf von Grundstücken 75.
Fortgesetzte Gütergemeinschaft 150, 366.

G.

Gattungsschuld 38.
Gefahrdrohende Sache 263—66, 289, 299, 301, 309, 314, 449, 450.
Gefährdung der Sicherheit des Hypothekengläubigers 140.
— des geistigen Wohles des Kindes 219, 225.
— wechselseitige G. zweier Sachen 271 ff.
— durch rechtswidrigen gegenseitigen Angriff 272.
Gefahrerzeugende Sache 263, 289.
Gefahrübergang beim Kaufe 53, 54.
Gefahrvermittelnde Sache 263, 266, 309, 313 f.
Gefahrwehrende Sache 267 ff.
Geisteskrankheit 64.
— Scheidung wegen G. 211.
— Pflegschaft 221 f.
Geistesschwäche 64.
— Unterhaltsanspruch eines wegen G. entmündigten Ehemanns gegen seine getrennt lebende Ehefrau 205 f.
Gemeine Gefahr 313.
Gemeinschaft 59.
Gesamthypothek 100, 139.
Gesamtschuldverhältnis 52, 281, 410.
Geschäftsfähigkeit 38.
Geschäftsführung ohne Auftrag 149, 280, 304, 306, 397.
Gesellschaft 58 f.
Gesellschaftsvermögen 59.
Geständnis, gerichtliches, als Verfügung 125.

Digitized by Google

Glaube, öffentlicher, des Grundbuchs 87, 135—138, 384 ff.
— des Erbscheins 424.
Grundschuld 100, 140—142.
Grundschuldbrief auf den Inhaber erfordert staatliche Genehmigung 101.
Gute Sitten 35, 62, 69, 80, 174, 176, 203, 210, 306, 455.
Guter Glaube 51, 136, 137, 141, 431, 433, 434 Anm., 444, 451.

H.

Haftpflicht, Grund der H. 224.
— ohne Verschulden 225 ff.
— der Hausbesitzer 227.
— der Gemeinde 229.
— des Lehrers 226.
— des Dienstberechtigten aus § 618 225.
— des Tierhalters 225, 275—77, 289 Anm. 1.
Haftpflichtversicherung 224 ff.
Haftung des eingebrachten Gutes für Schulden 148, 149, 456.
— aus unerlaubten Handlungen 394 ff.
— für die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung 394 ff.
— der Anstifter und Gehilfen 408, 410, 412.
— für fremdes Verschulden 411—417.
— des Erben } siehe Erbenhaftung.
— des Miterben }
Haushaltungsgegenstände 148.
Heilung einer anfechtbaren Ehe 144.
Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, Voraussetzung des Anspruchs auf H. 201.
— Voraussetzung für Weigerung der H. 202.
— der häuslichen Gemeinschaft, Voraussetzung für die Weigerung der H. 202.
Hinterlegung 49—51.
Hypothek, Erwerb 87 f.
— Bedeutung der der H. zu Grunde liegenden Forderung 95, 141.
— Zinsen der H. 96, 100.
Hypothek, Nebenleistungen der H., Angabe des Geldbetrages 96.
— Übertragung der H. 141, 383 ff.
— Kosten der Kündigung der H. und Rechtsverfolgung 97.
— für Darlehn einer Kreditanstalt 95 f.
— Haftung der Miet- u. Pachtzinsen 94.
— Haftung des Zubehörs, der Versicherungsgelder 138—140.
— Gefährdung 140.
— Bestellung einer H. zu Lasten eines zum Gesamtgut gehörigen Grundstücks 150.
Hypothekenbrief 99.
— Zulässigkeit des Verzichts auf Vorlegung 100.
— Ausschluß des H. 97 f., 138.
Hypothekenforderung, Übergang auf den Eigentümer 140.
— Was geschieht nach Übertragung der H. mit der sie schützenden Hypothek? 141 f.

I.

Immissionen in Grundstücke 93, 421, 448.
— Beweislast 442.
Inbegriff von Sachen 426, 430.
Inhaberaktien 60.
Inhabergrundschuldbrief 101.
Inventar eines verpachteten Grundstücks 138, 140.
Inventarerrichtung des Vaters über das Vermögen des Kindes 455.
— Unterlassung der I. seitens des Erben 458.
Irrtum über die Vermögenslage des Gläubigers beim pactum de mutuo dando 57.
— Anfechtung der Ehe 201.
— über Vermögensverhältnisse eines Verlobten 201.
— des Erblassers 340.

K.

Kabelschutz 262.
Kauf, Form des Kaufvertrags über

Digitized by Google

ein im Grundbuch nicht eingetragenes Grundstück 75.
Kauf bricht nicht Miete 57.
Kautionshypothek, Übertragung einer K. 141.
Klageerhebung 110, 114 f.
Klagenkonkurrenz 396, 401, 403, 416.
Kompensation der Ehescheidungsgründe, Übergangsfrage 207 ff.
Konkurrenz von Delikts- und Vertragsansprüchen 396.
Konkurs über das Vermögen der Ehefrau in der Verwaltungsgemeinschaft 148.
Korrespektivität von gemeinschaftlichen Testamenten.
Kosten, gerichtliche, eines von einem Ehegatten geführten Rechtsstreites 207.
Kostenvorschuß im Ehescheidungsprozeß 148, 207.
Kreditanstalt, hypothekarisch gesicherte Darlehen einer K. 95 f.
Kreditreformverein eintragungsfähig? 31, 65 ff.
Kündigung des Mietvertrages 57,
— des Dienstvertrages 58.
— Kosten der K. einer Hypothek 97.

L.

Landwirtschaftliches Gut, Vindikation 442.
Lebensvermutung 65.
Lebensversicherungsvertrag 47.
Legitimation des Erben durch Erbschein 137, 373.
— des Testamentsvollstreckers 373.
Leistung nach dem Tode 47.
Löschung einer Hypothek 100, 140, 141.
— einer im Rang zurückgetretenen Hypothek 135.
Lucida intervalla 151.

M.

Maklervertrag 58, 75, 79.
Maximalhypothek, Übergang einer M. 141.
Miete, rechtliche Natur 56.
— Kündigung 56.
— Pfandrecht des Vermieters 56, 78.
— von Schrankfächern in Stahlkammern 135.
Mietzinsen, Haftung für Hypothek 138.
Minderung des Kaufpreises 55.
Mißbrauch der ehelichen Gewalt 201, 202, 203.
— der väterlichen Gewalt 217, 219.
— der vormundschaftlichen Gewalt 220.
— der der Mutter zustehenden Sorge um ihr uneheliches Kind 220.
Mitbesitz 142.
Mitbesitzer, solidarische Haftung der M. dem Eigentumsanspruchsberechtigten 426.
Miteigentum 35.
— Rechtsnachfolge 138.
— Vindikation eines Miteigentümers 425.
— von Gesellschaften 59.
Miterbe, Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides 321.
— Stellung eines M., der zugleich Nachlaßschuldner ist 323—325.
— keine Verfügungsmacht des M. über die einzelnen Nachlaßgegenstände 325.
— Erbschein an M. 372, 373.
— Einreden des M. aus ungeteiltem Nachlasse 325–326.
— Stellung eines M., der zugleich Testamentsvollstrecker ist 341—344.
— Pfändung des Miterbenanteils 456.
— Auseinandersetzung unter den M. 341 ff., 457.
— Ausgleichungspflicht 457.
Mittel des eingebrachten Gutes, Bedeutung dieses Ausdruckes 146—148.

N.

Nachbarrecht 93, 426—427, 448—50.
Nacherbe, Bezeichnung des N. im Erbschein 375.
— antragsberechtigt zur Einziehung des Erbscheins 377.

Digitized by Google

Nachlaßgericht, Entscheidung bei Streitigkeiten unter mehreren Testamentsvollstreckern 346.
— Aufsicht über die Geschäftsführung von Testamentsvollstreckern 345.
— Aufhebung einer unbilligen Auseinandersetzung 457.
— Obliegenheiten bei Erteilung eines Erbscheins 374–375.
Nachlaßkonkurs 341, 456.
Nachlaßpflegschaft, Voraussetzung für ihre Bestellung 319, 320.
Nachlaßverwaltung, Ausschluß der N., wenn ein Testamentsvollstrecker bestellt ist 341, 457.
Name, Rechtsschutz des N. 31.
— Zugehörigkeit des Wörtchens „von" zum adligen Familiennamen 31.
— der geschiedenen Frau 213.
Negotiorum gestio siehe Geschäftsführung ohne Auftrag.
Nötigung 305, 316.
Nothelfer, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Hilfeleistung 251 Anm., 304, 306.
Nothilfe gegen den Willen des Rettenden 305.
— Putativnothilfe 298, 302.
Notrecht aus § 904 B.G.B. 284 ff., 420, 423, 453.
— Ersatzpflicht 288, 301—304.
— Voraussetzungen des N. insbesondere 290 ff.
— Widerstand des Duldungspflichtigen 294.
— zu Gunsten einer res nullius 298.
— im Vergleich zum Enteignungsrecht 294 ff.
— des Unzurechnungsfähigen 302 a. Ende.
Notstand und Notwehr, Zivilrechtliche Ersatzfrage 238.
— in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Hinsicht 241, 283, 315.
Notstand, Proportionalität des drohenden und zuzufügenden Schadens 245, 253, 259, 261 f., 282.
— Vorbereitungshandlung 245 f.
Notstand, Verschulden des N. 247, 278.
— in strafrechtlicher Beziehung 251.
— Mangel der Proportionalität 256, insbesondere 259.
— Putativnotstand 256.
Notwehr, Begriffsmerkmale der N. 243, 250.
— Rechtswidrigkeit des Angriffs 250, 259, 280.
— gegen Tiere 244, 249, 280, 285.
— unter Umständen auch unter § 228 B.G.B. zu subsumieren 247, 249.
— Ersatzpflicht 279.
— Notwehrexzeß in zivilrechtlicher Bedeutung 243, 256.
— Putativnotwehr 244.
Nutznießung des Ehemanns am eingebrachten Gute 117.
Nutzungen, Herausgabe der N. beim Vindikationsanspruch 429, 431, 432, 451.
— Verhältnis von N. und Aufwendung 439.

O.

Offenbarungseid 72.
— des Erben, der ein Inventar errichtete 321.
— zuständige Gerichte für die Abnahme des O. 322.
— der Besitzers, der Nutzungen herauszugeben hat 431.
— der Hausgenossen des Erblassers 321.
— Versäumnis des für die Ableistung des O. angesetzten Termins 320.
Operationspflicht des durch Unfall Geschädigten 231 f.
Ordnungsstrafe, Unzulässigkeit ihres Abzugs vom Arbeitslohn 51.

P.

Pacht 57.
Pachtzinsen, Haftung für Hypotheken 138.
Pactum de mutuo dando 57.

Digitized by Google

Pfändung eines Erbanteils 457.
Pfandrecht des Vermieters ergreift nur die dem Mieter gehörigen eingebrachten Sachen 56, 78.
— des Vermieters erstreckt sich nicht auf unpfändbare Sachen 78.
— des Vermieters. Gilt letztere Vorschrift auch für ein vor 1. I. 1900 begründetes, aber nach diesem Termin noch bestehendes Mietsverhältnis? 78.
— des Verpächters 138.
— an Schiffen und an Rechten 143.
Pfandsache, nicht rechtmäßige Veräußerung der P. 142.
Pfleger einer zum Offenbarungseid verpflichteten Partei kann nicht für sie den Eid schwören 72.
Pflegschaft, Zulässigkeit ihrer Bestellung für Geisteskranke 221—223, 456.
— Bestellung einer P. für unbekannte Beteiligte 223, 320.
— gerichtliche P. für die Bedachten in Ansehung der Zuwendung 345.
Pflichtteilsberechtigter, Recht des P. auf Auskunft 371.
Pflichtteilsrecht des Ehegatten 389.
Protokoll, Form und Inhalt des P. bei Errichtung gerichtlicher Testamente 347 ff.
Prozeßführung des Ehemannes über eingebrachtes Gut der Ehefrau 103 ff.
— des Testamentsvollstreckers 457.
Prozeßgeständnis 125.
Prozeßkosten über Ansprüche des eingebrachten Guts 115.
— des Ehescheidungsprozesses 207.
Prozeßvergleich 75, 126.
Putativdelikt 246.
Putativnothilfe 298, 302.
Putativnotwehr 244, 256, 315.

Q.

Quittung, löschungsfähige 140.

R.

Rang von Grundstücksrechten 135.
Rechnungslegung 71, 431.
Rechtsanwälte. Ist eine Vereinigung mehrerer R. zur Ausübung ihres Berufes eine Gesellschaft? 58.
Rechtsfähigkeit von Vereinen 31, 65.
— Entziehung der R. 31.
Reconductio tacita 57.
Rentenschuld, Voraussetzung für ihre Begründung 101.
Res nullius, Notrecht zu Gunsten einer res nullius 298.
Rhederei, rechtliche Natur der R. 58.
Rücktritt vom Verlöbnis, wichtiger Grund 201.
— Schadensersatz 198—201.

S.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung 44, 394 ff.
— wegen Verzugs 434 f., 451.
— aus unerlaubten Handlungen 294, 394 ff., 436 f., 451.
— wegen Immissionen seitens gewerblicher konzessionierter Anlagen 448.
— des mit der Vindikation verfolgten Besitzers 432 ff.
— anläßlich Nothilfe, Notstand, Notwehr und des Notrechts aus § 904 B.G.B. siehe unter diesen Artikeln.
— wegen Verlöbnisbruches 198—201.
— bei konkurrierendem Verschulden des Geschädigten 175, 232, 278, 290, 302.
— für Zeitversäumnis, die zur Erfüllung der Zeugnispflicht sich nötig macht 167 ff.
Schlüsselgewalt der Ehefrau 203.
Schuldanerkenntnis 60.
Schuldigspruch, urteilsmäßiger des an der Ehescheidung schuldigen Gatten 212 f.

Digitized by Google

Schuldversprechen im Verhältnis zum Schuldgrund 60.
Selbsthilfe 18, 257, 258.
Selbstkontrahieren 70.
— des Grundstückeigentümers 94.
— des Testamentsvollstreckers 341 f.
Servitute siehe Grunddienstbarkeiten.
Sicherungshypothek 136, 456.
— für Bauunternehmer 78, 79.
— zu lasten eines zum Gesamtgut eines Ehegatten gehörigen Grundstückes 149 f.
— Übertragung einer S. 141.
Sorge für die Person des Kindes 217—219.
— für das Vermögen des Kindes Übergangsfrage 219.
— für die Person des unehelichen Kindes 220.
— für die Person des Mündels 220.
Spezifikation 92.
Spiel in ausländischen Lotterien 60.
— Sind die hiergegen gerichteten landesgesetzlichen Strafbestimmungen durch das B.G.B. aufgehoben? 79.
Surrogationsprinzip in der Verwaltungsgemeinschaft 145—148.

T.

Testament.
I. Allgemeine Bestimmungen über Testamente.
Auslegung von T. 326—338.
Anfechtung von T. 339.
Ungültigkeit von T. 457.
II. Errichtung u. Aufhebung von T.
a. gerichtliche Testamente.
Form und Inhalt der hierbei aufzunehmenden Protokolle 347—355, 357—359.
Errichtung eines gerichtlichen T. seitens eines der deutschen Sprache nicht mächtigen Testators 356—357.
Zuziehung eines Dolmetschers 355 f.
Art der Errichtung eines gerichtlichen T. 357.
Verwahrung 458.
b. holographische Testamente.
Formvorschriften, insbesondere Datierung hologr. T. 358—360, 458.
Amtliche Verwahrung 360, 458.
Ablieferung und Eröffnung eines hologr. T. 360—363.
Insbesondere
Ablieferung und Eröffnung eines formell ungültigen hologr. T. 370.
c. gemeinschaftliche Testamente.
Eröffnung eines gem. T. 364—368, 458 und Verkündung 366—370.
Sie kann unterbleiben, wenn das gem. T. nicht zu verkündende Verfügungen enthält 364—366.
Korrespektivität gem. T. 370, 458.
Unwirksamkeit gem. T. bei Auflösung der Ehe 458.
Wiederverwahrung gem. T. 458.
Widerruf gem. T. 370.
Testamentsvollstrecker, rechtliche Stellung 340—344.
— Bestellung 345, 458.
— Geschäftsführung 345.
— Prozeßführung 457.
— Verbot des Selbstkontrahierens 341 bis 345.
— Mehrheit von T. 345—346.
— Legitimation derselben 346.
— Entscheid. bei Streitigkeiten 346.
— unbillige Auseinandersetzung 347, 457.
— kann nicht die Nachlaßverwaltung beantragen 341, 457.
— Kündigung seitens des T. 457.
— Annahme und Ablehnung des Testamentes 457.

Digitized by Google

Tiere, Notwehr gegen T. 244, 249, 280, 285.
Tierhalter, Haftung des T. 225, 275—77, 279, 281 Anm. 1.
Todeserklärung, irrige 458.
Trunkenheit, selbstverschuldete 62.
Trunkfälligkeit als relativer Ehescheidungsgrund 210.

U.

Überbau, Übergangsfrage 88—90.
Überfallsrecht 137.
Übergang der hypothekarisch gesicherten Forderung auf den Eigentümer 140.
— auf den persönlichen Schuldner 141.
Übertragung von Forderungen: vertragliche Ü. im Gegensatz zur gesetzlichen 52.
— mehrfache Ü. 52.
— Leistung des gutgläubigen debitor cessus an den Cedenten 52.
— von Hypotheken 88, 100, 141, 383 ff.
— von Hypothekenzinsen und anderen Nebenleistungen 141.
Uneheliche Kinder, Sorge der Mutter für die Person der u. K. 220.
— Erbrecht der u. K. beseitigt 318.
Unerlaubte Handlungen 394 ff., 431, 436, 448, 451.
— Verjährung von Ansprüchen aus u. H. 403, 410.
— forum delicti commissi 411.
— Mittäter, Anstifter u. Gehilfen 410.
— Befreiung von der Schadensersatzpflicht 410.
Unmöglichkeit der Leistung, subjektive ursprüngliche 42.
— nachfolgende U. 42, 44.
— nachfolgende unverschuldete U. bei Gattungsschulden 43.
— nachfolgende vom Schuldner zu vertretende U. 394 ff.
— des Dienstpflichtigen infolge Ableistung der Zeugnispflicht 167 ff.
Unpfändbarkeit des dem Hinterlegungsschuldner zustehenden Rücknahmerechtes 51.
Unterhaltspflicht der Eheleute 203—207.
— der Eltern gegenüber ihren Kindern im Falle der Gefährdung des standesgemäßen Auskommens 213—215.
— Reihenfolge der Verpflichteten 215 bis 216.
— Umfang und Voraussetzungen der U. 206 f., 216.
— Übergangsfragen 216—217.
Unterhaltsrente 204—207.
— keine Verpflichtung zur Sicherstellung einer U. aus § 1361 B.G.B. 207.
Unterlassung, schuldhafte 40, 62.

V.

Veräußerung, nicht rechtmäßige, der Pfandsache 142.
Verbotene Geschäfte 34, 42.
Vereine, rechtsfähige 31—32.
— nicht rechtsfähige 32.
Verfügung, Begriff 109, 110 (auch Anm. 34), 112.
— des Mannes über eingebrachtes Gut der Frau 103 ff., 146.
— des Mannes über Gesamtgut 149, 150.
— der Frau 148.
— letztwillige, siehe unter Testament.
Verfügungsbeschränkungen in ihrer dinglichen Wirksamkeit 35, 69.
Vergleich, Voraussetzungen für ihren Abschluß 79.
— Gerichtlicher V. als Verfügung 127.
Verhinderung, vorübergehende schuldlose, des Dienstpflichtigen 167 ff.
— Nichterheblichkeit der V. wonach zu bemessen? 185—188.
Verjährung, Einfluß der V. auf Aufrechnung 36, 37.
— auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages 36, 37.
— auf das Zurückbehaltungsrecht 37.

Digitized by Google

Verjährung auf Befriedigung aus pfandrechtl. Sicherheiten 37.
— des Wandlungsanspruchs 56.
— von Vertrags- im Gegensatz zu den Deliktsansprüchen 403, 410.
— des Vindikationsanspruchs 445.
— des Veränderungsanspruch des mit der Vindikation belangten Besitzers 444.
— Verzicht auf die V. 37.
Verkaufsrecht des Schuldners beim Gläubigerverzug 80.
Verkehr, persönlicher, eines getrennt lebenden Ehegatten mit den Kindern 218.
Verlassen, böswilliges, Scheidungsgrund 150, 201.
Verlöbnis, rechtliche Natur 200.
— Gültigkeit eines vor 1. I. 1900 geschlossenen V. nach diesem Termin 119.
— Kann aus einem vor 1. I. 1900 eingegangenen V. auf Eingehung der Ehe oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden? 198 bis 200.
— Rücktritt vom V. wegen wichtigen Grundes 201.
Verlust des Eigentums 137.
Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes 142.
Versäumnis des für die Abnahme des Offenbarungseides angesetzten Termins 320.
Versicherungsgelder, Haftung der V. für die Hypothek 139.
— Widerspruch des Hypothekengläubigers gegen die Auszahlung der V. 139, 140.
Vertragsstrafe, Herabsetzung der V. 47, 76.
— Versprechen einer V. für den Fall des Verlöbnisbruches nichtig 199 f.
Verwahrungsvertrag 56.
— Verwahrung von Testamenten 360, 458.
Verwaltungsgemeinschaft, Rechte des Ehemanns über das eingebrachte Gut, insbesondere Verfügungs- und Prozeßführungsrecht 103 ff., 146.
Verwaltungsgemeinschaft. Wem gegenüber sind diese Rechte verpflichtbar und in welcher Form? 117, 118.
— Surrogationsprinzip 145—148.
— Vorbehaltsgut der Frau 144 f.
— Erwerbsgeschäft der Frau 144, 145.
— Ersatzansprüche der Frau gegen den Mann den Gläubigern überweisbar 149.
— Verfügungen der Frau 148.
— Konkurs über das Vermögen der Ehefrau 148.
— Schuldenhaftung 148, 149.
Verwandtschaft, Übergangsfrage 318 f.
Verwendungsanspruch des mit der Vindikation belangten Besitzers 437—445, 452.
Verzicht auf die Verjährung 37.
— auf das ehemännliche Entscheidungsrecht ist unwirksam 203.
— auf Verwaltung und Nutznießung 217, 218.
Verzug des Schuldners 43.
— des wahlberechtigten Gläubigers 42.
— bei gegenseitigen Verträgen 46.
— in B.G.B. im Verhältnis zum handelsrechtlichen V. 46.
— des herausgabepflichtigen Besitzers 434.
Verzugszinsen von Zinsen, Übergangsfrage 74.
Vindikation 90, 137, 423 ff., 427 bis 437, 450—451, 453.
— Verjährung 445.
— Einreden gegen die V. 137, 445—447.
Vollmacht, Ausstellung einer auf 2 Rechtsanwälte lautenden V. bevollmächtigt, auch wenn der Vertrag nur mit einem geschlossen ist, beide 36.
Vorbehalt der nachträglichen Bezeichnung eines berechtigten Dritten, bei Lebensversicherungsverträgen 47.
Vorbehaltsgut der Frau 144, 145.
Vorkaufsrecht an einem Grundstück, Form des Vertrages 75.

Digitized by Google

Vormund, Rechte und Pflichten des V. 220.
— Einwilligung zur Eheschließung des Mündels 143.
Vormundschaft, vorläufige 455.
Vormundschaftsgericht, Voraussetzungen für das Einschreiten des V. während bestehender Ehe der Eltern im Verhältnis der Eltern u. Kinder 217—220.
— Voraussetzungen für sein Einschreiten im Verhältnis der Mutter und ihrem unehelichen Kinde 220.
— im Verhältnis von Vormund und Mündel 220.

W.

Wahlerklärung an wen zu richten? 40.
— Unbedingtheit der W. 42.
— Widerruflichkeit 40.
— Vollzug 41.
Wahlobligation, Konzentration der W. 41, 42.
— gesetzlich eintretende 40.
— Zulässigkeit bei Bedingtheit oder Befristung der einen Leistung 41.
Wandelung 54—56.
Wasserrecht 449.
Wechsel, Unterzeichnung durch den Aussteller 33.
Wegnahmerecht des mit der Vindikation verfolgten Besitzers 441, 445, 452.
Werkvertrag. Klage auf Abnahme des Werkes 58.
— Anspruch eines Bauunternehmers auf hypothekarische Sicherung 78.
Wertpapiere, Verpfändung von W. 142.
Widerklage des Beklagten im Ehescheidungsprozeß 212.
Widerruf von Willenserklärung 34, 40.
Widerspruch des Hypothekengläubigers auf Auszahlung der Versicherungssumme 139.
Wiederverwahrung gemeinschaftlicher Testamente 458.
Willenserklärung, Unterzeichnung einer W. durch Vertreter 33.
— Zugehen einer W. 33.
— Widerruf einer W. 34, 40.
Wohnsitz eines minderjährigen Kindes 65.

Z.

Zahlung im Sinne von § 1225 142.
Zeugengebühren 167 ff.
Zinsen einer Hypothekenforderung 96, 99, 100.
— Übertragung von Hypothekenz. 141.
Zinsfuß, Höhe des gesetzlichen Z. für eine vor dem 1. I. 1900 begründete aber noch nach diesem Termine bestehende Geldschuld 38, 72.
Zubehör. Ist das Inventar eines Gasthofes Z.? 69.
— Haftung für Hypothekenschulden 138.
— öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich auch auf das bewegliche Z. des Grundstücks 135.
— Aufhebung der Haftung des Z. für Hypothekenschulden 138.
— Anspruch auf Herausgabe des Z. bei der Vindikation der Hauptsache 428.
Zurechnungsfähigkeit. Schließt der Mangel an Z. ein Verschulden im Sinne von § 254 B.G.B. aus? 39.
Zurückbehaltungsrecht 37, 42, 51, 72, 443, 445.
Zustimmung, rechtliche Bedeutung der Z. des Ehemanns zum ehefräulichen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes 144 f.
— der Ehefrau zur Prozeßführung ihres Mannes 105 ff.
Zwangsverwaltung eines Grundstücks 99, 139.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a/S.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Die subjektiven Grenzen

der

Rechtskraft.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Erlangen.

Preis: 2 Mark.

Die Korrealobligationen

im

römischen und im heutigen Recht.

Von

Dr. Julius Binder.

Preis: 9 Mark.

Die Rechtsstellung des Erben

nach dem

deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

Von

Dr. Julius Binder,
Professor der Rechte in Erlangen.

I. Teil. 5 Mk. 40 Pf. ✠ II. Teil. 6 Mark.
III. Teil. 11 Mark.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Lehrbuch

des

Deutschen Civilprozeßrechts

von

Dr. Konrad Hellwig,
Geh. Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

I. Band.

10 Mark, eleg. geb. 12 Mark.

Klagrecht

und

Klagmöglichkeit.

Eine Auseinandersetzung
über die Grundfragen des heutigen Zivilprozeßrechts.

Von

Dr. Konrad Hellwig,
Geheimer Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

Preis: 2 Mark.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (G. Böhme), Leipzig.

Die

Verträge auf Leistungen an Dritte.

Nach Deutschem Reichsrecht
unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs.

Mit einer Einleitung
(über das römische Recht)
und
mit einem Anhange
(Die Erbverträge zu Gunsten Dritter).

Von

Dr. Konrad Hellwig.

45 Bogen gr. 8°. 12 M.

Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Eine prozessuale Abhandlung
mit
Beiträgen zum bürgerlichen Recht, insbesondere zur Lehre von der Rechtsnachfolge und der Verfügungsmacht der Nichtberechtigten.

Von

Dr. Konrad Hellwig.

34 Bogen. 4°. 14 M., geb. 16 M.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (Georg Böhme), Leipzig.

Von Herrn Professor **Siegmund Schlossmann** in Kiel erschien:

Die Lehre von der Stellvertretung

insbesondere bei

obligatorischen Verträgen.

I. Kritik der herrschenden Lehren.
Preis: 6 M. 50 Pf.

II. Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung.
Preis: 12 Mark.

Altrömisches

Schuldrecht und Schuldverfahren.

14 Bogen. Preis: 4 M. 80 Pf.

Nexum.

Nachträgliches zum Altrömischen Schuldrecht.

6 Bogen. 2 Mk. 25 Pf.

Litis contestatio.

Studien

zum

Römischen Zivilprozeß.

Preis: 5 Mark.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (G. Böhme), Leipzig.

Geschichte
der
Quellen des römischen Rechts.

Von

Dr. Th. Kipp,
Professor der Rechte in Berlin.

Zweite, veränderte und stark vermehrte Auflage.

3 M. 50 Pf., el. geb. 4 M. 25 Pf.

Über die
Mancipatio
von

Dr. W. Stintzing,
a. o. Professor in Leipzig.

Preis: 1 Mark.

Findet Vorteilsanrechnung beim Schadenersatzanspruch statt?

(Zur sog. compensatio lucri cum damno.)

Von

Dr. Wolfgang Stintzing,
Professor in Leipzig.

Preis: 1 M. 80 Pf.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (G. Böhme), Leipzig.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters nach römischem Recht.

Von

Dr. Par Adolf Östergren.

Preis: 2 Mk. 60 Pf.

Die streitgenössische Nebenintervention.

Von

Dr. Hans Walsmann.

Preis: 4 Mk. 80 Pf.

Die Verfassung des Deutschen Reichs.

Sechs Hochschulvorträge.

Von

Dr. Heinrich Gefficken,
Professor der Rechte.

Preis: 2 M. 50 Pf., eleg. kart. 3 M.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (G. Böhme), Leipzig.

Die Stellung

des

Universalfideikommissars

im Vergleich mit der Stellung

des Nacherben.

Von

Walther Grosse.

Preis: 1 Mark 60 Pf.

Die Aufträge zugunsten Dritter.

Eine zivilistische Untersuchung

mit besonderer Berücksichtigung

des österreichischen und deutschen Gesetzbuchs.

Von

Dr. St. Dniestrzanski,

Professor in Lemberg.

I. Band.

7 Mark 50 Pf.

Die Toten im Recht

nach der

Lehre und den Normen des orthodoxen morgenländischen Kirchenrechts

und der

Gesetzgebung Griechenlands.

Von

Dr. D. A. Petrakakos.

17 Bogen. 6 Mark.

Digitized by Google

A. Deichert'sche Verlagsbuchhdlg. Nachf. (**G. Böhme**), **Leipzig.**

Rostocker
Rechtswissenschaftliche Studien.

Herausgegeben von

Dr. B. Matthiaß und **Dr. H. Gefficken,**
Professor der Rechte in Rostock. Professor der Rechte in Cöln a. Rh.

I. 1. **Brunswig,** Dr. P., **Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.** 3 Mark.
I. 2. **Erich,** Dr. A., **Der Bundesrat als Schiedsrichter zwischen deutschen Bundesstaaten.** 1 Mark.
I. 3. **Stegemann,** Dr. H., **Die Vererbung eines Handelsgeschäftes.** 2 Mk. 80 Pf.
I. 4. **Schultz,** Dr. Erwin, **Die Pfandansprüche nach § 1227 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.** 2 Mk. 25 Pf.
I. 5. **Krasmer,** Dr. Br. **Die unterseeische Telegraphenkabel in Kriegszeiten.** 1 Mark 50 Pf.
II. 1. **Gau,** Alfr., **Die Kontingentsherrlichkeit nach deutschem Reichsrecht.** 2 Mark.
II. 2. **Hansel,** Dr. H., **Die Notverordnung nach deutschem Staatsrecht.** 1 Mark 50 Pf.
II. 3. **Meltz,** Dr. E., **Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 B.G.B.** 2 Mark.
II. 4. **von Buchka,** Dr. G., **Die indirekte Verpflichtung zur Leistung.** 1 Mark.
II. 5. **Plessen,** Dr. R., **Die Grundlagen der modernen condictio.** 1 Mk. 40 Pf.
II. 6. **Walsmann,** Dr. H., **Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte und das Gesamtgut.** 1 Mark 35 Pf.
II. 7. **Röpke,** Dr. W., **Das Seebenterecht.** 3 Mark.
III. 1. **Sprenger,** A., **Der Eigentumserwerb durch Einverleibung in ein Inventar.** 1 Mark 60 Pf.
III. 2. **Bett,** Dr. K., **Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung.** 2 Mark 60 Pf.
III. 3. **Auerbach,** Dr. jur. J., **Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes.** 1 Mark.
III. 4. **Kuhlmann,** Dr. A., **Ueber § 866 Abs. 3 der Zivilprozeßordnung.** 60 Pf.

Die **„Rostocker Rechtswissenschaftlichen Studien"** verfolgen den Zweck, solche Arbeiten jüngerer Autoren **die wissenschaftlichen Wert besitzen,** aus allen Gebieten der Jurisprudenz zu sammeln und in einer Weise zu veröffentlichen, welche sie den Fachkreisen näher bringt und ihre Benutzung erleichtert. Da derartige Abhandlungen vielfach auf Anregung und unter förderndem Einfluß einzelner Mitglieder der Rostocker Juristenfakultät entstehen, so sollen die **„Studien"** gleichzeitig ein Ausdruck des wissenschaftlichen Verkehrs der Fakultät mit außerhalb derselben stehenden jüngeren Autoren sein.

Die einzelnen Arbeiten erscheinen in zwangloser Reihenfolge. Jede Abhandlung wird mit fortlaufender Nummer versehen und bildet ein für sich käufliches Heft. Die Hefte werden zu Bänden von 30—35 Bogen vereinigt. Bei Vorausbestellung eines ganzen Bandes wird außer Gewährung einer Preisermäßigung mit Abschluß des letzten Bandheftes Titel, Sach- und Quellenregister zu dem betreffenden Bande gratis geliefert.

Lippert & Co. (G. Päz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google